



Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen

Teilstudie 3: LGBTI – Juristische Analyse

Irene Grohsmann, MLaw

Bern, Juli 2015

Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR)
Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)
Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)
Swiss Center of Expertise in Human Rights (SCHR)

Schanzeneckstrasse 1, 3001 Bern
Telefon +41 31 631 86 55, evelyne.sturm@skmr.unibe.ch

INHALTSVERZEICHNIS

Abkürzungsverzeichnis	V
Zusammenfassung	1
I. Übergeordnetes Ziel und Aufbau der Teilstudie 3.....	5
1. Ziel und Übersicht Teilstudie 3.....	5
2. Ausgangslage und Terminologie.....	6
2.1. Ausgangslage.....	6
2.2. Terminologie.....	7
II. Aktuelle Rechtslage - Überblick	10
1. Internationale Ebene	10
1.1. UNO Pakt I und II	11
1.2. Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW)	12
1.3. Universelle Periodische Überprüfung (UPR).....	13
1.4. Yogyakarta Prinzipien	14
1.5. Weitere Grundlagen	15
1.6. Im Fokus: Intersex-Menschen	16
2. Europäische Ebene	18
3. Zwischenfazit	22
4. Schweiz.....	23
4.1. Bundesverfassung.....	23
4.2. Partnerschaftsgesetz.....	24
4.3. Gleichstellungsgesetz	24
4.4. Weitere Gesetzgebung.....	24
III. Schutz vor Diskriminierung wegen Intersex Status: Intersex-Menschen	25
1. Rechtliche Stellung von Intersex-Menschen in der Schweiz.....	25
2. Persönlichkeitsrechtliche Ansprüche von Intersex-Menschen	27
2.1. Bundesverfassung.....	27
2.2. Zivilgesetzbuch und Zivilstandsverordnung.....	29
3. Strafgesetzbuch und Sterilisationsgesetz	32
4. Verfahrensrecht.....	34
IV. Schutz vor Diskriminierung wegen der Geschlechtsidentität: Transmenschen.....	34
1. Bundesverfassung.....	34
2. Gleichstellungsgesetz	34
3. Partnerschaftsgesetz.....	37
4. Schutz aus ZGB und OR.....	38
4.1. Operative Geschlechtsanpassung.....	39
4.2. Zivilrechtliche Geschlechts- und Vornamensänderung	39
5. Richtlinien zum Umgang mit Transmenschen	42
6. Verfahrensrecht.....	42
V. Schutz vor Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung: Lesbische, Schwule und Bisexuelle Menschen	42
1. Bundesverfassung.....	42
2. Partnerschaftsgesetz.....	43
3. Gleichstellungsgesetz	47

4. Strafgesetzbuch	49
5. Allgemeine privatrechtliche Rechtsgrundlagen	50
VI. Gesamtfazit und Problembereiche	53
Literatur- und Materialienverzeichnis	58

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Abs.	Absatz
Art.	Artikel
ATSG	Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (SR 830.1)
AuG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 (SR 142.20)
BBl	Bundesblatt
BGE	Bundesgerichtsentscheid, publiziert
BGer-E	Bundesgerichtsentscheid, unpubliziert
BJ	Bundesamt für Justiz
BPV	Bundespersonalverordnung vom 03. Juli 2001 (SR 172.220.111.3)
BüG	Bundesgesetz über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts vom 29. September 1952 (SR 141.0).
BV	Schweizerische Bundesverfassung vom 18. April 1999 (SR 101)
BVG	Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982 (SR 831.40)
CAT	Convention against Torture / Übereinkommen vom 10. Dezember 1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (Antifolterkonvention, SR 0.105)
CEDAW	Übereinkommen vom 18. Dezember 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW-Übereinkommen, SR 0.108)
CESCR	Committee on Economic, Social and Cultural Rights / Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (WSK-Ausschuss)
CRC	Convention on the Rights of the Child
d.h.	das heisst
DBG	Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990, SR 642.11.
DSD	Disorder of sex development
EAZW	Eidgenössisches Amt für das Zivilstandswesen
EBG	Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann
ECRI	European Commission against Racism and Intolerance
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention vom 4. November 1950 (SR 0.101)
Fn	Fussnote

FZG	Bundesgesetz über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 17. Dezember 1993 (Freizügigkeitsgesetz, SR 831.42)
GgV	Verordnung über Geburtsgebrechen vom 9. Dezember 1985 (SR 831.232.21)
GIG	Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, SR 151.1)
HRC	Human Rights Committee / Menschenrechtsausschuss
i.a.W.	in anderen Worten
i.V.m.	in Verbindung mit
ibid	am gleichen Ort
ICD	International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems
IDAHO	International Day Against Homophobia and Transphobia
IVG	Bundesgesetz vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung (SR 831.20)
KRK	Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (Kinderrechtskonvention, SR 0.107)
KVG	Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (SR 832.10)
LGBTI	Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender, Intersex
lit.	Buchstabe
NEK	Nationale Ethikkommission der Schweiz
NGO	Nichtregierungsorganisation
No./Nr.	Nummer
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220)
para./paras.	Paragraph/Paragraphen
PartG	Bundesgesetz vom 18. Juni 2004 über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (Partnerschaftsgesetz, SR 211.231)
SKMR	Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte
SR	Systematische Rechtssammlung
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StHG	Bundesgesetz über, über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 (SR 642.14)
u.a.	unter anderem
UNHCR	Flüchtlingshochkommissariat der Vereinten Nationen
UNO	United Nations Organisation / Organisation der Vereinten Nationen
UPR	Universal Periodic Review

v.	versus
v.a.	vor allem
WHO	World Health Organisation / Weltgesundheitsorganisation
WSK	Wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer/n
Zit.	zitiert
ZStV	Zivilstandsverordnung vom 28. April 2004 (SR 211.112.2)

ZUSAMMENFASSUNG

AUFBAU UND INHALT DER TEILSTUDIE 3: LGBTI – JURISTISCHE ANALYSE

Teilstudie 3 hat zum Ziel, materiell-rechtliche sowie prozessuale Normen darzustellen und zu analysieren, die dem Schutz von sexuellen Minderheiten in der Schweiz vor Diskriminierung aufgrund der Geschlechtsidentität, der sexuellen Orientierung oder Intersex Status dienen.

Zu Beginn der Studie wird, nach der Klärung der Terminologien in Unterkapitel I., in Unterkapitel II. die aktuelle Rechtslage auf internationaler, europäischer und nationaler Ebene im Sinne eines Überblicks dargestellt. Danach konzentriert sich die Studie auf die nationale Rechtsordnung und zeigt auf, welche Normen LGBTI-Menschen Schutz vor Diskriminierung bieten oder bieten könnten bzw. wo Schutzlücken bestehen.

Im Zusammenhang mit *Intersex-Menschen* geht es in Unterkapitel III. insbesondere darum, die wichtigsten in diesem Zusammenhang existierenden rechtlichen Grundlagen aufzuarbeiten, da die Thematik und die spezifischen Probleme von Intersex-Menschen in der Schweiz bisher kaum Beachtung geschenkt wurde.

Im Unterkapitel IV. *Transmenschen* wird in materiell-rechtlicher Hinsicht analysiert, in welchem Ausmass – nebst dem Gleichstellungsgesetz¹ – die bereichsübergreifenden Normen des Privatrechts zum Schutz vor Diskriminierung im Sinne der Teilstudie 1² Transmenschen vor Diskriminierung schützen. Transgender Menschen sind häufig Opfer von Diskriminierung, v.a. im Kontext Arbeit (z.B. Schwierigkeiten, eingestellt zu werden, sexuelle Belästigung und Kündigung). Sie berufen sich jedoch kaum auf das Gleichstellungsgesetz.

Schliesslich werden im Zusammenhang mit *lesbischen, schwulen und bisexuellen* Menschen im Unterkapitel V. die Stärken und Schwächen des Partnerschaftsgesetzes³ untersucht. Ausserdem wird analysiert, inwiefern das Gleichstellungsgesetz, das Strafgesetzbuch⁴ und die in Teilstudie 1 erarbeiteten bereichsübergreifenden Normen des Privatrechts den Zugang zur Justiz in Fällen von Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung bieten oder nicht bieten können.

Die Studie schliesst in Unterkapitel VI. mit einem Gesamtfazit.⁵

ÜBERSICHT DER RESULTATE UND PROBLEMBEREICHE

Das Akronym LGBTI bedeutet „Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex“ und bezeichnet zwei genau voneinander zu unterscheidende Bereiche. „LGB“ sind Ausdrucksformen der sexuellen Orientierung, während „TI“ angeborene Merkmale bezeichnen, in denen entweder das biologische Geschlecht nicht dem sozialen Geschlecht entspricht („trans“) oder das biologische

¹ Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (GIG, SR 151.1).

² Siehe insbesondere Teilstudie 1, Kap. II.4.

³ Vom 18.06.2004 (PartG; SR 211.231).

⁴ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0). Art. 261^{bis} StGB verbietet u.a. öffentliche Hassreden gegen und die öffentliche Diskriminierung einer Person oder eine Gruppe wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion. Dieser Artikel soll neu auch für die sexuelle Orientierung gelten.

⁵ Die Arbeiten an dieser Studie wurden im April 2015 abgeschlossen. Neuere Entwicklungen sind nicht berücksichtigt.

Geschlecht sich nicht in das dualistische System „Mann“/„Frau“ einordnen lässt, da zum Beispiel Geschlechtsmerkmale beider Geschlechter vorhanden sind („inter“).

LGBTI-Personen sind häufig mit Benachteiligung konfrontiert und sind traditionell und bis heute teilweise schwerwiegenden rechtlichen und tatsächlichen Diskriminierungen durch den Staat und Private ausgesetzt. Beklagt wird vor allem Diskriminierung im Erwerbsleben. LGBT Personen sind – je nach Branche und Arbeitsort – massiver Benachteiligung und Belästigung ausgesetzt und werden in ihrem beruflichen Fortkommen behindert. So lassen zum Beispiel **homosexuelle Paare** ihre Partnerschaft nicht eintragen, weil sie das mit der Zivilstandsangabe verbundene Zwangsouting gegenüber dem Arbeitgeber oder der Arbeitgeberin zu vermeiden versuchen. Eingetragene Partner erfahren ausserdem rechtliche Benachteiligungen bei der Einbürgerung und bei der Adoption. Berufstätige **Transmenschen** dürfen am Arbeitsplatz oft nicht die von ihnen bevorzugte Toilette benutzen und können allgemein wenig Verständnis für ihre Bedürfnisse erwarten (z.B. zugewiesene Garderobe und Arbeitsbekleidung, körperlich schwere Arbeit während der Hormontherapie/nach der Geschlechtsangleichungsoperation). Grosse Probleme gewärtigen Transmenschen auch im Gesundheitswesen bezüglich Übernahme der Kosten von Geschlechtsanpassungen, Aufnahme in Zusatzversicherungen und insbesondere bezüglich der Qualität der Behandlung. Schliesslich steht Transmenschen in einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft die Eintragung der Partnerschaft nicht in allen Fällen offen. **Intersex-Menschen** beklagen sich über unnötige und unqualifizierte medizinische Eingriffe und hohe Hürden bei der Änderung des Eintrags von Geschlecht von Vornamen im Personenstandsregister. Hier stehen allerdings fast gar keine Daten zur Verfügung, was den Nachweis der erlittenen Verletzungen schwierig macht.

Sowohl auf nationaler als auch auf internationaler Ebene gibt es noch keine bzw. wenige verbindliche Regeln, die gezielt den Schutz von LGBTI-Personen vor Diskriminierung bezwecken. Vielmehr werden LGBTI-Personen hauptsächlich durch allgemeine Diskriminierungsverbote geschützt. Von übergeordneter Bedeutung ist dabei Art. 8 Abs. 2 der Bundesverfassung.⁶ Ausserdem sind die auf Gesetzesstufe geregelten allgemeinen Gleichbehandlungsgebote bzw. Ungleichbehandlungsverbote anwendbar. Ausdrückliche Gleichbehandlungsregelungen zu LGBTI-Menschen finden sich in der schweizerischen Rechtsordnung praktisch keine. **LGBTI-Menschen und deren Rechte sind damit in der schweizerischen Rechtsordnung nicht sichtbar. Ausserdem fehlt bisher eine klare institutionelle Verankerung von Anliegen der LGBTI-Bevölkerung in der Schweiz.** Für Unterstützung sind LGBTI-Menschen daher auf private Beratung angewiesen.

Obwohl die relevanten verbindlichen Übereinkommen auf internationaler Ebene LGBTI-Menschen nicht explizit vor staatlicher oder privater Diskriminierung aufgrund deren sexuellen Orientierung, der Geschlechtsidentität oder Intersex-Status schützen, gehen verschiedene Vertragsüberwachungsorgane davon aus, dass LGBTI-Personen durch „Geschlecht“ oder das Auffangkriterium „sonstiger Status“ erfasst werden (UNO-Pakte I⁷ und II⁸, CEDAW⁹). Auf europäischer Ebene garantiert die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK¹⁰) in Art. 14 den Genuss der Konventionsrechte ohne Diskriminierung wegen verschiedener, nicht abschliessend

⁶ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101).

⁷ Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966 (Wirtschafts- und Sozialpakt, SR 0.103.1).

⁸ Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (Zivilpakt; SR 0.103.2).

⁹ Übereinkommen vom 18. Dezember 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (SR 0.108).

¹⁰ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 04.11.1950 (EMRK; SR 0.101).

formulierter Merkmale. Obwohl die Merkmale der sexuellen Orientierung und der Geschlechtsidentität nicht ausdrücklich erwähnt sind, werden sie laut der Rechtsprechung des Gerichtshofs vom Geltungsbereich des Art. 14 EMRK erfasst.

Auf nationaler Ebene ergibt sich ein **verfassungsrechtlicher Schutz** vor Diskriminierung aus dem in Art. 8 Abs. 2 BV normierten Diskriminierungsverbot. Gemäss Lehre und Rechtsprechung ist durch das Merkmal „Lebensform“ der Schutz vor Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung, mit dem Merkmal „Geschlecht“ der Schutz vor Diskriminierung wegen der Geschlechtsidentität erfasst. Die vorliegende Studie zeigt jedoch, dass die Rechtsprechung zu Art. 8 Abs. 2 BV in diesem Zusammenhang sehr spärlich und somit der **tatsächliche verfassungsmässige Schutz nach wie vor nicht geklärt** ist.

Auf Gesetzesstufe ist lediglich das **Partnerschaftsgesetz** spezifisch auf einen Teil der Gruppe der LGBTI-Menschen ausgerichtet, nämlich auf homosexuelle Menschen (L und G). Wie die Studie zeigt, kodifiziert das PartG neben der angestrebten Beseitigung von Ungleichbehandlung homosexueller Menschen in Bezug auf die Ehe auch nicht zu vernachlässigende Benachteiligungen. Zu erwähnen ist hier beispielsweise das Adoptionsverbot. Für Transmenschen ist das PartG nur unter gewissen Umständen von Bedeutung. Unklar sind die Relevanz und die Auswirkungen des PartG bisher für Intersex-Menschen und bisexuelle Menschen.

Auch die Anwendbarkeit des **Gleichstellungsgesetzes** auf LGB und T Menschen ist noch nicht zweifellos geklärt. Während die Lehre davon ausgeht, dass sich Transmenschen wohl grundsätzlich auf das Gleichstellungsgesetz berufen können, besteht Uneinigkeit in Bezug auf Menschen, welche wegen ihrer sexuellen Orientierung am Arbeitsplatz diskriminiert werden. Das Bundesgericht hat sich bisher noch nicht mit dieser Frage befasst, entsprechend existiert noch **keine autoritative Beurteilung der Frage der Anwendbarkeit**. In Bezug auf die Diskriminierung im Erwerbsleben aufgrund Intersex-Status geben weder Lehre noch Rechtsprechung Aufschluss.

Zum Schutz vor Diskriminierung sind LGBTI-Menschen daher hauptsächlich auf die **allgemeinen Bestimmungen zum Schutz der Persönlichkeit** verwiesen. Während sich die Lehre in Bezug auf homosexuelle Menschen in gewissem Umfang mit der Anwendbarkeit von Art. 28 ZGB,¹¹ den arbeitsrechtlichen Bestimmungen des OR¹² oder den relevanten Bestimmungen des Mietrechts befasst, gibt es nur **wenig Rechtsprechung**, welche diese Einschätzungen bestätigt. In Bezug auf Transmenschen äussert sich die Lehre vereinzelt; Rechtsprechung gibt es kaum. **Fast gänzlich unerwähnt bleiben bisexuelle Menschen und Intersex-Menschen**, dies sowohl in der Lehre als auch in der Rechtsprechung. Aus der grundsätzlich geringen Zahl an Lehre und Rechtsprechung lässt sich jedoch nicht ableiten, dass LGBTI-Menschen in der Schweiz entsprechend auch selten Diskriminierungen ausgesetzt sind. Vielmehr muss davon ausgegangen werden, dass die vorhandenen Mechanismen nicht ausreichen oder geeignet sind, um wirksamen Schutz zu bieten. Diese Einschätzung ergibt sich aus der sozialwissenschaftlichen Erhebung zu dieser Studie.

Die Studie kommt daher zum Schluss, dass das geltende Recht zum Schutz vor Diskriminierung aufgrund **bisexueller Orientierung, der Geschlechtsidentität oder Intersex-Status nicht als ausreichend** bewertet werden kann. Auch in Bezug auf die **homosexuelle Orientierung** weist die Rechtsordnung noch **wichtige Lücken** auf. Im Vergleich zu anderen traditionell diskriminierten Gruppen (siehe dazu die Teilstudien 2, 4 und 6) ist der Zugang zur Justiz für LGBTI-

¹¹ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210).

¹² Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220).

Menschen in der Schweiz nicht befriedigend und muss verbessert werden. Positiv sind in diesem Zusammenhang die auf politischer Ebene aktuell unternommenen Bemühungen zur Öffnung der Stiefkindadoption für eingetragene Partner_innen, die Möglichkeit der erleichterten Einbürgerung für eingetragene Partner_innen und die Ausweitung des Schutzbereiches von Art. 261^{bis} StGB zu beurteilen. Vergleichbare Entwicklungen sind für T und I jedoch nicht auszumachen.

DER ZUGANG ZUR JUSTIZ IN DISKRIMINIERUNGSFÄLLEN

Teilstudie 3: LGBTI – Juristische Analyse

I. ÜBERGEORDNETES ZIEL UND AUFBAU DER TEILSTUDIE 3

1. Ziel und Übersicht Teilstudie 3

Die Teilstudie 3 hat zum Ziel, die materiell-rechtlichen und verfahrensrechtlichen Bestimmungen zum Schutz von Menschen vor Diskriminierung aufgrund ihrer sexuellen Orientierung, Geschlechtsidentität oder Intersex-Status (LGBTI¹³-Menschen) darzustellen und allfällige Schutzlücken zu identifizieren. Es wird analysiert, welcher Schutz vor Diskriminierung LGBTI-Menschen auf nationaler Ebene zur Verfügung steht. Dazu wird untersucht, welchen Schutz Art. 8 Abs. 2 BV, das Partnerschaftsgesetz, das Gleichstellungsgesetz, Art. 261^{bis} StGB sowie die in Teilstudie 1 identifizierten bereichsübergreifenden Bestimmungen des Privatrechts spezifisch für LGBTI-Menschen bieten. In der Studie wird unterschieden zwischen Intersex-Personen, Transgender Personen und homo- bzw. bisexuellen Personen.

Neben der Darstellung der aktuellen Regelungssituation in der schweizerischen Rechtsordnung werden wichtige Gerichtsurteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Schweizerischen Bundesgerichts¹⁴ herangezogen. Ergänzt wird die Studie durch Entscheide und Kommentare internationaler Menschenrechtsorgane der UNO.

Die Studie besteht aus sechs Teilen: Nach der Einleitung (I. Übergeordnetes Ziel und Aufbau der Teilstudie 3) gibt sie einen Überblick über die aktuelle relevante Rechtslage auf internationaler und nationaler Ebene (II. Aktuelle Rechtslage - Überblick). Anschliessend untersucht die Studie, ob spezialgesetzliche und die in Teilstudie 1 identifizierten bereichsübergreifenden Normen des Privatrechts LGBTI-Menschen in der Schweiz zum Schutz vor Diskriminierung zur Verfügung stehen. Die relevanten Rechtsgrundlagen werden jeweils gesondert untersucht für Menschen mit Geschlechtsvariante (III. Schutz vor Diskriminierung wegen Intersex Status: Intersex-Menschen), für Transmenschen (IV. Schutz vor Diskriminierung wegen der Geschlechtsidentität: Transmenschen) sowie homo- und bisexueller Menschen (V. Schutz vor Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung: Lesbische, schwule und bisexuelle Menschen). Die Studie endet mit einem Gesamtfazit (VI.).

¹³ „Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender und Intersex“.

¹⁴ Im Rahmen dieser Teilstudie wurden Kurzrecherchen auf www.bger.ch zu den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen durchgeführt. Die Kurzrecherchen basierten auf folgenden Suchkriterien: „Sexuelle Orientierung“ bzw. „orientation sexuelle“, „Geschlechtsidentität“ bzw. „Identité de genre“, „Homosexuel“, „Geschlecht“ bzw. „genre“, „schwul“ bzw. „gay“, „lesbisch“ bzw. „lesbien“. Entsprechend dem Forschungsdesign beschränkte sich die Suche grösstenteils auf den Zeitraum von 1995 bis 2014 sowie hauptsächlich auf publizierte Entscheide. Siehe Teilstudie 8 für eine umfassendere Recherche.

2. Ausgangslage und Terminologie

2.1. Ausgangslage

Sowohl auf nationaler als auch auf internationaler Ebene gibt es noch keine bzw. wenige verbindliche Regeln, die gezielt den Schutz von LGBTI-Personen vor Diskriminierung bezwecken. Vielmehr werden LGBTI-Personen hauptsächlich durch allgemeine Diskriminierungsverbote geschützt. Von übergeordneter Bedeutung ist dabei Art. 8 der Bundesverfassung. Ausserdem sind die auf Gesetzesstufe geregelten allgemeinen Gleichbehandlungsgebote bzw. Ungleichbehandlungsverbote anwendbar. Ausdrückliche Gleichbehandlungsregelungen zu LGBTI-Menschen finden sich in der schweizerischen Rechtsordnung praktisch keine. Durch das Partnerschaftsgesetz wird die Situation gleichgeschlechtlicher Paare seit 2004 erstmals geregelt. Für Transmenschen und vor allem für Intersex-Menschen gibt es bisher jedoch so gut wie keine Regelungen. So kann es zu Situationen kommen, wo LGBTI-Personen durch das Schutzraster fallen und ihnen der Zugang zur Justiz verwehrt bleibt. Ausserdem fehlt bisher eine klare institutionelle Verankerung von Anliegen der LGBTI-Bevölkerung in der Schweiz; anders als beispielsweise für Menschen mit Behinderung oder für Fragen der Gleichstellung von Frau und Mann gibt es nur wenige staatliche Stellen, welche über ein ausdrückliches Mandat für die Befassung mit LGBTI-Fragen verfügen.¹⁵ Ombudsstellen oder ähnliches existieren nicht. LGBTI-Menschen sind daher auf private Beratungsangebote angewiesen.

LGBTI-Personen sind häufig mit Benachteiligung konfrontiert und sind traditionell und bis heute teilweise schwerwiegenden rechtlichen und tatsächlichen Diskriminierungen durch den Staat und Private ausgesetzt.¹⁶

Beklagt wird vor allem Diskriminierung im Erwerbsleben. LGBT Personen sind – je nach Branche und Arbeitsort – massiver Benachteiligung und Belästigung ausgesetzt und werden in ihrem beruflichen Fortkommen behindert. So lassen zum Beispiel *homosexuelle* Paare ihre Partnerschaft nicht eintragen, weil sie das mit der Zivilstandsangabe verbundene Zwangsouting gegenüber dem Arbeitgeber oder der Arbeitgeberin zu vermeiden versuchen. Eingetragene Partner erfahren ausserdem rechtliche Benachteiligungen bei der Einbürgerung und bei der Adoption.

Eine Studie des Transgender Network Switzerland von 2012 ergab, dass die Arbeitslosenquote bei den befragten *Transpersonen* bei 20% lag und damit sechsmal höher war als die Arbeitslosenquote der Gesamtbevölkerung im selben Zeitraum. Im Durchschnitt wurde jeder Person während der Transition einmal die Stelle gekündigt und fast die Hälfte der Befragten hatte in dieser Phase einen drastischen beruflichen Abstieg zu gewärtigen.¹⁷ Berufstätige Transmenschen dürfen am Arbeitsplatz oft nicht die von ihnen bevorzugte Toilette benutzen und können allgemein wenig Verständnis für ihre Bedürfnisse erwarten (z.B. zugewiesene Garderobe und Arbeitsbekleidung, körperlich schwere Arbeit während der Hormontherapie/nach der Geschlechtsanglei-

¹⁵ Siehe dazu die Studie des SCHWEIZERISCHEN KOMPETENZZENTRUMS FÜR MENSCHENRECHTE SKMR „Institutionelle Verankerung von LGBTI-Themen in der Schweiz“, 19.02.2014, abrufbar unter: <http://www.skmr.ch/de/publikationen/geschlechterpolitik/institutionelle-verankerung-lgbti.html?zur=107>.

¹⁶ Zur folgenden Übersicht siehe die Internetseiten von LGBTI-Organisationen und Verbänden: www.los.ch; www.transgender-network.ch; www.pinkcross.ch; <http://www.sgb.ch/der-sgb/gremien/lgbt-kommission/>; www.equalrights.ch; www.packs.ch (besucht am 14.04.2014) sowie SCHWEIZERISCHES KOMPETENZZENTRUM FÜR MENSCHENRECHTE SKMR, S. 68 f.; HAMMARBERG 2011.

¹⁷ Zur Benachteiligung von Transmenschen in der Schweiz siehe die Zusammenfassung der Studie: JENZER / BAERISWYL, ET AL.

chungsoperation). Dennoch ist die Anwendbarkeit des Gleichstellungsgesetzes auf Transpersonen bisher nur teilweise geklärt. Grosse Probleme gewärtigen Transmenschen auch im Gesundheitswesen bezüglich Übernahme der Kosten von Geschlechtsanpassungen, Aufnahme in Zusatzversicherungen und insbesondere bezüglich der Qualität der Behandlung.¹⁸ Schliesslich steht Transmenschen in einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft die Eintragung der Partnerschaft nicht in allen Fällen offen.

Intersex-Menschen beklagen sich v.a. über unnötige und unqualifizierte medizinische Eingriffe und hohe Hürden bei der Änderung des Eintrags von Geschlecht von Vornamen im Personenstandsregister. Hier stehen allerdings fast gar keine Daten zur Verfügung, was den Nachweis der erlittenen Verletzungen schwierig macht.¹⁹

Im Übrigen bestehen bisher in der Schweizerischen Rechtsordnung keine strafrechtlichen Instrumente, mit denen sich LGBTI-Menschen gezielt gegen Beleidigungen u.ä. wehren können.

Generell sind in der Schweiz kaum Daten greifbar, welche Aufschluss über die Situation der LGBTI-Bevölkerung geben.²⁰ Dabei liegt besonders die Lage der Intersex-Menschen im Dunkeln.

2.2. Terminologie

Im Folgenden wird die in dieser Studie verwendete Terminologie kurz vorgestellt. Diese basiert auf Definitionen der Begriffe durch die Yogyakarta-Prinzipien und UNHCR, welche so auch vom Europarat übernommen wurden. Zusätzlich beachtet werden hier Definitionen der Nationalen Ethikkommission der Schweiz sowie von relevanten schweizerischen NGO's.

2.2.1. LGBTI

Das Akronym LGBTI bedeutet „Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex“ und bezeichnet zwei genau voneinander zu unterscheidende Bereiche. „LGB“ sind Ausdrucksformen der sexuellen Orientierung, während „TI“ angeborene Merkmale bezeichnen, in denen entweder das biologische Geschlecht nicht dem sozialen Geschlecht entspricht („trans“) oder das biologische Geschlecht sich nicht in das dualistische System „Mann“/„Frau“ einordnen lässt, da zum Beispiel Geschlechtsmerkmale beider Geschlechter vorhanden sind („inter“).²¹

2.2.2. Sexuelle Orientierung

Unter sexueller Orientierung versteht man die Fähigkeit eines Menschen, sich emotional und sexuell intensiv zu Personen desselben (homosexuell, schwul, lesbisch) oder eines anderen Geschlechts (heterosexuell) oder mehr als einen Geschlechts (bisexuell) hingezogen zu fühlen und vertraute und sexuelle Beziehungen mit ihnen zu führen.²²

¹⁸ RECHER, Legal Report Ziff. 75 ff.; Ziff. 97 f.

¹⁹ Siehe dazu etwa WERLEN, Intersex, S. 177 ff.

²⁰ Siehe z.B. die Seite des Transgender Network Switzerland unter: <http://www.transgender-network.ch/information/> oder die Seite der Organisation Intersex unter: http://intersex.ch/einfuehrung_intersexualitaet.phtml (besucht am 29.04.2014).

²¹ UNHCR-Richtlinien zum internationalen Schutz Nr. 9 – Zusammenfassung deutsch, S. 2, Fn. 3.

²² Yogyakarta-Prinzipien, Hirschfeld Eddy Stiftung, S. 11, Fn. 1.

2.2.3. Geschlechtsidentität

Der Begriff Geschlechtsidentität bezieht sich auf das tief empfundene innere und persönliche Gefühl der Zugehörigkeit zu einem Geschlecht, das mit dem Geschlecht, welches der betroffene Mensch bei seiner Geburt hatte, übereinstimmt oder nicht übereinstimmt. Dies schliesst die Wahrnehmung des eigenen Körpers (darunter auch die freiwillige Veränderung des äusseren körperlichen Erscheinungsbildes oder der Funktionen des Körpers durch medizinische, chirurgische oder andere Eingriffe) sowie andere Ausdrucksformen des Geschlechts, z.B. durch Kleidung, Sprache und Verhaltensweisen, ein.²³

2.2.4. Homosexualität

Homosexualität und homosexuell bezieht sich auf Frauen oder Männer, die sich in erster Linie zu Personen des gleichen Geschlechts hingezogen fühlen. Die Bezeichnung homosexuell wird jedoch von vielen als abwertend empfunden.²⁴

2.2.5. Lesbisch und Schwul

Eine lesbische Frau fühlt sich körperlich, romantisch und/oder emotional zu anderen Frauen hingezogen. Mit dem Begriff schwul werden Männer beschrieben, die sich körperlich, romantisch und/oder emotional zu anderen Männern hingezogen fühlen.²⁵

2.2.6. Bisexualität

Bisexuell beschreibt eine Person, welche sich körperlich, romantisch und/oder emotional zu Frauen und Männern hingezogen fühlt. Bisexualität bedingt weder, dass die Anziehung zu beiden Geschlechtern gleichzeitig vorhanden sein muss, noch, dass die Anziehung zu beiden Geschlechtern gleich stark ist.²⁶

2.2.7. Transgender

Transgender beschreibt Menschen, deren Geschlechtsidentität sich von dem Geschlecht, welches ihnen bei der Geburt zugeordnet wurde, unterscheidet.²⁷ „Diese Menschen kommen mit einem eindeutig männlich oder eindeutig weiblichen Körper zur Welt, sie identifizieren sich aber

²³ Yogyakarta-Prinzipien, Hirschfeld Eddy Stiftung, S. 11, Fn. 2.

²⁴ UNHCR Need to know guidance, S. 3, Fn. 2. Übersetzung der Autorin, Original Englisch: „Homosexual refers to women or men who are attracted primarily to people of the same sex. The term is considered by many to be derogatory.”

²⁵ UNHCR Guidelines No. 9, S. 4 und UNHCR Need to know guidance, S. 3, Fn. 2. Übersetzung der Autorin, Original Englisch: „A lesbian is a woman whose enduring physical, romantic and/or emotional attraction is to other women. Gay is often used to describe a man whose enduring physical, romantic and/or emotional attraction is to other men, although the term can be used to describe both gay men and lesbians.”

²⁶ UNHCR Guidelines No. 9, S. 4. Übersetzung der Autorin, Original Englisch: „Bisexual describes an individual who is physically, romantically and/or emotionally attracted to both men and women. The term bisexuality tends to be interpreted and applied inconsistently, often with a too narrow understanding. Bisexuality does not have to involve attraction to both sexes at the same time, nor does it have to involve equal attraction to or number of relationships with both sexes. Bisexuality is a unique identity, which requires an examination in its own right.”

²⁷ HAMMARBERG, 2011, S. 132.

als das andere Geschlecht, als zwischen den Geschlechtern oder als ein bisschen von beiden.“²⁸ Transmenschen befinden sich in einer Diskrepanz zwischen ihrer Geschlechtsidentität und dem zugeschriebenen Geschlecht. Von Transfrauen wird gesprochen, wenn die Identität eine weibliche ist, von Transmännern, wenn die Identität eine männliche ist.²⁹ Transmenschen können eine homosexuelle oder heterosexuelle Orientierung haben. Die sexuelle Orientierung wird ausgehend von der Geschlechtsidentität bestimmt, sodass z.B. ein Transmann, der sich von Frauen angezogen fühlt, eine heterosexuelle Orientierung hat.³⁰

2.2.8. Intersex-Status

Unter Intersex ist „ein biologisch nicht eindeutiges Geschlecht“ zu verstehen. „Das heisst, dass die Entwicklung des chromosomalen, gonadalen und anatomischen Geschlechts atypisch verläuft und infolgedessen die geschlechtsdifferenzierenden Merkmale nicht übereinstimmend eindeutig männlich oder weiblich sind. Der Genotyp (genetische Anlage) entspricht also nicht dem Phänotyp (körperliches Erscheinungsbild), und auch der Phänotyp kann unter Umständen nicht eindeutig einem weiblichen oder einem männlichen Geschlecht zugeordnet werden.“³¹ Dieser Umstand kann bereits bei der Geburt erkennbar sein, während der Pubertät offenbar werden oder nur durch eine medizinische Untersuchung sichtbar werden. Die Geschlechtsidentität einer Intersex-Person kann weiblich oder männlich sein, die sexuelle Orientierung kann lesbisch, schwul, bisexuell oder heterosexuell sein.³² Es sollte ausserdem nicht ausgeschlossen werden, dass eine Intersex-Person sich weder mit der weiblichen noch männlichen Geschlechtsidentität identifizieren kann.

2.2.9. Wichtige Abgrenzung

Die Begriffe „Transsexualität“ und „Intersexualität“ sind im allgemeinen Sprachgebrauch heute noch häufig anzutreffen, werden jedoch sowohl von den Betroffenen als auch von Experten aus verschiedenen Gründen vermehrt als untauglich qualifiziert.³³

- In beiden Fällen steht in erster Linie eben nicht die Sexualität oder die sexuelle Orientierung im Zentrum, sondern die Geschlechtsidentität bzw. die Körperlichkeit. Der Suffix „Sexualität“ ist damit falsch.
- Durch die ähnliche Bezeichnung kann die Abgrenzung dieser beiden, grundlegend verschiedenen Situationen nicht gewährleistet werden.
- Beide Begriffe sind durch die Einordnung in die ICD-10 Liste³⁴ als pathologisch definiert und ordnen die betroffenen Menschen damit unmittelbar in eine Krankheitskategorie ein, obwohl nicht in jedem Fall eine medizinische Behandlung oder Heilung notwendig ist.

²⁸ HAMMARBERG, 2011, S. 132. Siehe auch <http://www.transgender-network.ch/information/>

²⁹ HAMMARBERG, 2011, S. 132 und RECHER / GARCIA NUÑEZ, Jusletter, Rz. 2.

³⁰ HAMMARBERG, 2011, S. 132 und UNHCR Guidelines No. 9, S. 4.

³¹ NEK, Stellungnahme Intersexualität, S. 7.

³² UNHCR Guidelines No. 9, S. 5. Übersetzung der Autorin, Original Englisch: "These conditions may be apparent at birth, may appear at puberty, or may be discovered only during a medical examination. An intersex person may identify as male or female, while their sexual orientation may be lesbian, gay, bisexual, or heterosexual."

³³ Siehe zum Ganzen: www.transgender-network.ch; www.zwischengeschlecht.org; NEK, Stellungnahme Intersexualität, S. 7; ZEHNDER, Perspektiven und Debatten, S. 6 ff.

In Bezug auf Menschen, die sich nicht dem Geschlecht zugehörig fühlen, dem sie bei der Geburt zugeordnet wurden, sind daher die Begriffe „Transidentität“, „Transgender“ und „Transmenschen“ zu gebrauchen. Als Überkategorie, welche ausserdem die Begriffe „Transfrau“ und „Transmann“ umfasst, kann zu der Bezeichnung „Trans*“ gegriffen werden.

Im Zusammenhang mit Menschen, welche mit uneindeutigen Geschlechtsmerkmalen geboren wurden, empfiehlt die Schweizerische Nationale Ethikkommission in ihrer Stellungnahme, im alltagssprachlichen Gebrauch den Begriff "Geschlechtsvarianten" bzw. "Varianten der Geschlechtsentwicklung" anstelle des Begriffs "Intersexualität" zu verwenden. In medizinischen Zusammenhängen spricht die Kommission von "DSD" (disorder of sex development). Damit macht sie deutlich, dass nicht alle Fälle von Geschlechtsvarianten einen "Krankheitswert" haben und allein schon deshalb medizinisch behandelt werden müssen. Von Interessenorganisationen wird ausserdem der Begriff „Zwischengeschlechtsmenschen“ gebraucht.

Auf der internationalen Ebene haben sich derweilen die Bezeichnungen „Transgender and Intersex Persons“ etabliert. Diese werden von den UNO Organen, den UNO Vertragsüberwachungsorganen, UNO Sonderberichterstattern sowie dem Europarat und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) verwendet (siehe dazu sogleich).

Aus diesen Gründen wird in der vorliegenden Studie von „Trans*“, „Transmenschen“ und „Intersex-Menschen“ gesprochen.

II. AKTUELLE RECHTSLAGE - ÜBERBLICK

1. Internationale Ebene

Auf internationaler Ebene besteht bisher kein verbindliches Übereinkommen, welches explizit Menschen vor staatlicher oder privater Diskriminierung aufgrund deren sexuellen Orientierung, der Geschlechtsidentität oder Intersex-Status schützt. Jedoch gehen verschiedene Vertragsüberwachungsorgane davon aus, dass LGBTI-Personen durch „Geschlecht“ oder das Auffangkriterium „sonstiger Status“ erfasst werden. Ausserdem beachteten sowohl der UNO Kinderrechtsausschuss³⁵, der Special Rapporteur für Folter³⁶ als auch die Special Rapporteurin für Menschenrechtsverteidiger in ihren jüngsten Berichten die Situation von LGBTI-Menschen und der Verteidiger derer Rechte.³⁷ Sodann hat das UNO Flüchtlingshochkommissariat (UNHCR) 2012 die „Guidelines on international Protection No. 9“³⁸ veröffentlicht, welche sich explizit mit der Situation von LGBTI-Flüchtlingen befassen.

³⁴ International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems, 10. Version (dt. Internationale statistische Klassifikation der Krankheiten und verwandter Gesundheitsprobleme).

³⁵ CRC, Concluding Observations Switzerland, 2015, CRC/C/CHE/CO/2-4, para. 24 (hate speech gegen LGBTI-Menschen) und para. 43 (intersex).

³⁶ A/HRC/22/53, Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E. Méndez, 01.02.2013.

³⁷ A/HRC/25/55, Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights defenders, Margaret Sekaggya, 23.12.2013, paras. 65 f., 90, 99, 104.

³⁸ „Claims to Refugee Status based on Sexual Orientation and/or Gender Identity within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees.“ Diese Leitlinien ersetzen die 2008 publizierten Leitlinien, welche intersex Menschen noch nicht umfasst hatten.

1.1. UNO Pakt I und II

Beide *UNO Pakte* schützen vor Diskriminierung³⁹ bei der Ausübung der Paktgarantien, nennen Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität aber nicht ausdrücklich. Jedoch geht der Ausschuss für WSK-Rechte⁴⁰ mit seinem General Comment Nr. 20⁴¹ davon aus, dass mit dem Auffangkriterium „sonstigem Status“ auch Diskriminierung wegen sexueller Orientierung und Geschlechtsidentität umfasst ist. Ausserdem erwähnte er in General Comment Nr. 5⁴² betreffend das Recht auf Arbeit ausdrücklich, dass der Arbeitsmarkt allen Menschen offen stehen muss („Accessibility“), ohne Einschränkung z.B. wegen der sexuellen Orientierung. Im Rahmen des Staatenberichtsverfahrens empfahl der WSK-Ausschuss bereits einigen Staaten, Massnahmen gegen die Diskriminierung von LGBT-Menschen zu ergreifen und ihnen den diskriminierungsfreien Zugang zu Gesundheitsversorgung, zum Arbeitsmarkt und zu Ausbildung zu sichern.⁴³ Im Staatenberichtsverfahren der Schweiz äusserte sich der Ausschuss für WSK-Rechte bisher allerdings nicht zur Diskriminierung von LGBTI-Menschen.⁴⁴

Der Menschenrechtsausschuss⁴⁵ befand 1994 im Rahmen der Individualbeschwerde *Toonen v. Australia*,⁴⁶ dass das Merkmal „Geschlecht“ auch die sexuelle Orientierung mitumfasst und damit Unterscheidungen, welche gestützt auf die sexuelle Orientierung eines Menschen getroffen werden, diskriminierend sein können. Dies bestätigte er 2003 und 2007 in den Fällen *Young v. Australia*⁴⁷ und *X. v. Colombia*⁴⁸, in welchen er die Beschwerden zweier Männer guthiess, welche jeweils in einem gleichgeschlechtlichen Konkubinatsverhältnis lebten und nach dem Tod ihrer jeweiligen Partner keinen Anspruch auf eine Hinterbliebenenrente hatten, da diese nur Konkubinatspartnern aus verschiedengeschlechtlichen Beziehungen zustanden. Im Oktober 2012 befand er im Zusammenhang mit LGBTI-MenschenrechtsverteidigerInnen, dass die Verurteilung einer russischen Aktivistin wegen „Verbreitung von Homosexualität unter Minderjährigen“, i.a.W. homosexuelle Propaganda (sie hatte in der Nähe einer Schule Plakate mit dem Text „Homosexualität ist normal“ aufgehängt) ihr Recht auf freie Meinungsäusserung in diskriminierender Weise einschränkte. Russland hatte damit Art. 19 Abs. 2 i.V.m. Art. 26 UNO Pakt II verletzt.⁴⁹ Be-

³⁹ Art. 2 Abs. 2 Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UNO Pakt I, SR 0.103.1), Art. 2 Abs. 1 und Art. 26 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UNO Pakt II, SR 0.103.2).

⁴⁰ CESCR, Überwachungsorgan des Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UNO Pakt I, SR 0.103.1).

⁴¹ CESCR, General Comment No. 20 (2009), Ziff. 32.

⁴² CESCR, General Comment No. 18: The right to work (art. 6), 2005, Ziff. 12. Gleiches gilt für den Zugang zum System der sozialen Sicherheit, siehe CESCR, General Comment No. 19: The right to social security (art. 9), 2007, para. 29.

⁴³ CESCR, Concluding Observations Peru, 2012, E/C.12/PER/CO/2-4, para. 5; CESCR, Concluding Observations Republik of Moldavia, 2011, E/C.12/MDA/CO/2, para. 7; CESCR, Concluding Observations Ecuador, 2012, E/C.12/ECU/CO/3, para. 30.

⁴⁴ CESCR, Concluding Observations Switzerland, 1998, E/C.12/1/Add.30; CESCR, Concluding Observations Switzerland, 2010, E/C.12/CHE/CO/2-3. Verweis auf Diskriminierung allgemein in paras. 7 und 8.

⁴⁵ HR Committee, Überwachungsorgan des Paktes über bürgerliche und politische Rechte (UNO Pakt II), SR 0.103.2).

⁴⁶ HR Committee, *Toonen v. Australia*, Communication No. 488/1992, vom 31.03.1994, para. 8.7: „The Committee confines itself to noting, however, that in its view, the reference to \"sex\" in articles 2, paragraph 1, and 26 is to be taken as including sexual orientation.“

⁴⁷ HR Committee, *Young v. Australia*, Communication No. 941/2000, vom 18.09.2003, para. 10.4.

⁴⁸ HR Committee, *X. v. Colombia*, Communication No. 1361/2005, vom 14.05.2007, para. 7.2.

⁴⁹ HR Committee, *Fedotova v. Russian Federation*, Communication No. 1932/2010, vom 31.10.2012.

schwerden zum Thema Geschlechtsidentität oder Intersex-Status hat der Menschenrechtsausschuss bisher noch nicht behandelt.

Im Übrigen entschied der Menschenrechtsausschuss im Fall *Joslin v. New Zealand*⁵⁰ 2002, dass im Lichte von Art. 23 Abs. 2 UNO Pakt II⁵¹ keine Diskriminierung homosexueller Paare vorliegt, wenn der betreffende Staat die Möglichkeit einer gleichgeschlechtlichen Ehe nicht vorsieht.

Im Rahmen des Staatenberichtsverfahrens der Schweiz⁵² hat der Menschenrechtsausschuss die Thematik der sexuellen Orientierung 2001 bisher nur indirekt aufgenommen.⁵³ Beide Ausschüsse haben sich bisher gegenüber der Schweiz nicht über Diskriminierung wegen der Geschlechtsidentität geäußert. Jedoch äusserte sich der Menschenrechtsausschuss im Rahmen des Staatenberichtsverfahrens anderer Staaten ausdrücklich zur Diskriminierung von LGBT-Personen. So zeigte sich der Menschenrechtsausschuss z.B. in den Concluding Observations zum albanischen Bericht⁵⁴ besorgt über anhaltende Stereotypisierung und Vorurteile gegen LGBT-Personen, vor allem durch Mitglieder der öffentlichen Verwaltung. Litauen wurde empfohlen, einen nationalen Aktionsplan zu entwickeln, um die diskriminierungsfreie Anwendung und Auslegung der bestehenden nationalen Gesetzgebung sicherzustellen.⁵⁵ Soweit ersichtlich, äusserten sich beide Ausschüsse bisher noch nicht zu Intersex-Personen.

Obwohl bei beiden Ausschüssen damit ein Bewusstsein für die Rechte und Diskriminierung von LGBT- und wohl auch Intersex-Personen besteht, sehen sich die Ausschüsse bis anhin teilweise noch in der traditionellen Geschlechterbinarität gefangen. So verweist der WSK-Ausschuss in seinem General Comment Nr. 13⁵⁶ betreffend das Recht auf Bildung darauf, dass die Verfügbarkeit von Bildung den Zugang zu Sanitärversorgung für *beide* Geschlechter bedingt.

1.2. Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW)

Das Übereinkommen schützt Frauen vor Diskriminierung aufgrund ihres Geschlechts. Es gilt für alle Frauen, unabhängig von deren sexueller Orientierung, enthält jedoch keine ausdrücklichen Bestimmungen zur sexuellen Orientierung oder der Geschlechtsidentität.

Dennoch befasste sich der CEDAW-Ausschuss⁵⁷ mit der sexuellen Orientierung und der Geschlechtsidentität in zwei Allgemeinen Empfehlungen und im Rahmen des Staatenberichtsverfahrens. 2010 veröffentlichte er die Allgemeine Empfehlung Nr. 27 und wies die Vertragsstaaten darauf hin, dass Diskriminierung von Frauen meist auf mehreren Faktoren basiert, wie zum Bei-

⁵⁰ HR Committee, *Joslin v. New Zealand*, Communication No. 902/1999, vom 17.07.2002, paras. 8.1-8.3.

⁵¹ „Das Recht von Mann und Frau, im heiratsfähigen Alter eine Ehe einzugehen und eine Familie zu gründen, wird anerkannt.“

⁵² Im Verfahren 1996 war LGBTI kein Thema, siehe HR Committee, Concluding Observations Switzerland, 1996, CCPR/C/79/Add.70. Auch die Concluding Observations zum Bericht 2009 enthielten keine LGBTI-relevanten Empfehlungen, siehe HR Committee, Concluding Observations Switzerland, 2009, CCPR/C/CHE/CO/3.

⁵³ HR Committee, Concluding Observations Switzerland, 2001, CCPR/CO/73/CH, para. 10. (Der Ausschuss empfiehlt die Verabschiedung einer schweizweiten Antidiskriminierungsgesetzgebung zur Verhinderung von Diskriminierungen gestützt auf die in Art. 2 und 3 UNO Pakt II enthaltenen Merkmale, worunter auch das Geschlecht und damit die sexuelle Orientierung fällt.)

⁵⁴ HR Committee, Concluding Observations Albania, 2013, CCPR/C/ALB/CO/2, para. 8.

⁵⁵ HR Committee, Concluding Observations Lithuania, 2012, CCPR/C/LTU/CO/3, para. 8.

⁵⁶ CESCR, General Comment Nr. 13, 1999, E/C.12/1999/10, para. 6a.

⁵⁷ Vertragsüberwachungsorgan, Ausschuss für die Beseitigung der Diskriminierung der Frau (CEDAW-Ausschuss).

spiel Alter, Geschlecht, sexuelle Orientierung oder Geschlechtsidentität.⁵⁸ Mit Allgemeiner Empfehlung Nr. 28 betreffend die Kernverpflichtungen der Vertragsstaaten gemäss Art. 2 machte der Ausschuss deutlich, dass die Diskriminierung von Frauen wegen deren Geschlechts untrennbar mit anderen Diskriminierungsfaktoren, wie die sexuelle Orientierung und die Geschlechtsidentität, verbunden ist. Entsprechend forderte er die Vertragsstaaten auf, *“(to) legally recognize such intersecting forms of discrimination and their compounded negative impact on the women concerned and prohibit them.”*⁵⁹

Im Staatenberichtsverfahren der Schweiz erwähnte der CEDAW-Ausschuss weder 2003 noch 2009⁶⁰ die Diskriminierung von Frauen aufgrund ihrer sexuellen Orientierung bzw. von Personen wegen ihrer Geschlechtsidentität. Im Zusammenhang mit den Staatenberichten anderer Staaten⁶¹, beispielsweise Costa Rica, zeigte sich der Ausschuss jedoch besorgt über den erschwerten Zugang für lesbische, bisexuelle, transgender und Intersex Frauen zu Bildung, zum Erwerbsleben und zur Gesundheitsversorgung. Er ermahnte Costa Rica, seine Anstrengungen zum Schutz von Frauen vor Diskriminierung wegen derer sexueller Orientierung oder Geschlechtsidentität zu verstärken und Sensibilisierungskampagnen und Trainings zu lancieren.⁶² In den Concluding Observations zum Staatenbericht von Deutschland kritisierte der Ausschuss im Zusammenhang mit den Bedürfnissen von Intersex- und Transmenschen die mangelnde Kooperation und Kommunikation zwischen staatlichen Stellen und relevanten NGOs. Kommunikation sei für den Staat zwingend notwendig, um die Anliegen von Trans- und Intersex-Menschen besser zu verstehen und deren Menschenrechte zu schützen.⁶³

2008 hat die Schweiz das Fakultativprotokoll zum Mitteilungsverfahren ratifiziert. Bisher sind aus der Schweiz noch keine Mitteilungen an den Ausschuss eingegangen.

Obwohl das Übereinkommen teilweise direkt anwendbar ist, sind soweit ersichtlich auf bundesgerichtlicher Ebene bisher keine Urteile im Zusammenhang mit sexueller Orientierung oder Geschlechtsidentität ergangen.

1.3. Universelle Periodische Überprüfung (UPR)

Der Menschenrechtsrat hat im Rahmen des UPR⁶⁴-Verfahrens 2008 zwei Empfehlungen, welche die LGBTI-Rechte betreffen, an die Adresse der Schweiz formuliert. Zum einen wurde ihr nahe gelegt, die Ausarbeitung eines Bundesgesetzes zum Schutz gegen alle Formen von Diskriminierung, einschliesslich gegen Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung und der Geschlechtsidentität, an die Hand zu nehmen.⁶⁵ Zum anderen ermunterte er die Schweiz, zusätzli-

⁵⁸ CEDAW, General recommendation No. 27 on older women and protection of their human rights, 16.12.2010, CEDAW/C/GC/27, para. 13.

⁵⁹ CEDAW, General recommendation No. 28 on the core obligations of States parties under article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 16.12.2010, CEDAW/C/GC/28, para. 18.

⁶⁰ CEDAW, Concluding Comments, Switzerland, 2003, A/58/38 (Part I), paras. 87-141; CEDAW, Concluding Observations Switzerland, 2009, CEDAW/C/CHE/CO/3.

⁶¹ Siehe auch CEDAW, Concluding Observations Albania, 2010, CEDAW/C/ALB/CO/3, paras. 18/19 und 42/43; CEDAW, Concluding Observations Uganda, 2010, CEDAW/C/UGA/CO/7, paras. 43/44; CEDAW, Concluding Observations Singapore, 2011, CEDAW/C/SGP/CO/4, paras. 21/22.

⁶² CEDAW, Concluding Comments, Costa Rica, 2011, CEDAW/C/CRI/CO/5-6, paras. 40/41.

⁶³ CEDAW, Concluding Observations, Germany, 2009, CEDAW/C/DEU/CO/6, paras. 61/62.

⁶⁴ Universal Periodic Review.

⁶⁵ UPR Switzerland 2008, Ziff. 57.18 (Empfehlung Hollands).

che Bestrebungen zum Schutze gleichgeschlechtlicher Paare vor Diskriminierung vorzunehmen.⁶⁶

Die Schweiz hat 2008 beide Empfehlungen zurückgewiesen: Grundsätzlich stelle die allgemeine Ausrichtung der Empfehlung die Schweiz vor keine grösseren Probleme, denn die Bekämpfung von Diskriminierung sei eine prioritäre Aufgabe. Die Tatsache jedoch, dass lediglich die Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung ausdrücklich erwähnt werde, mache die gesamte Empfehlung inakzeptabel. Die Schweiz lehne die Empfehlung sodann aus Sorge um die Kohärenz mit der zweiten Empfehlung ab. Gleichgeschlechtliche Paare seien von Gesetzes wegen weder zur Adoption noch zu fortpflanzungsmedizinischen Verfahren zugelassen.⁶⁷ Auf die Thematik der T und I-Minderheiten geht die Schweiz nicht ein.

Drei Staaten haben im UPR-Verfahren 2012 erneut Empfehlungen zur Verbesserung der Situation der LGBT-Minderheiten in der Schweiz formuliert. Kanada forderte die Schweiz auf, im Strafgesetzbuch die nötigen Massnahmen zur Erweiterung der Strafbestimmungen zu Hassreden zu treffen, um Hassgründe einzubeziehen, die über Rasse, Religion oder Herkunft hinausgehen und Faktoren wie Sprache, Hautfarbe, Geschlecht, körperliche oder geistige Behinderung, sexuelle Orientierung und ähnliche Gründe einbeziehen.⁶⁸ Norwegen empfahl die Schaffung eines Bundesgesetzes zum Schutz vor jeder Form von Diskriminierung, auch aufgrund der sexuellen Orientierung und der Geschlechtsidentität⁶⁹ und Irland eine einheitliche Gesetzgebung für die ganze Schweiz, die LGBT-Personen ausdrücklich vor Diskriminierungen schützt, und die Probleme von LGBT-Personen bei der Schaffung eines allgemeinen Gleichstellungsgesetzes berücksichtigt.⁷⁰ Der Bundesrat lehnte alle drei Empfehlungen ab.⁷¹

1.4. Yogyakarta Prinzipien

Die „Yogyakarta Prinzipien betreffend die Anwendung der Menschenrechte in Bezug auf die sexuelle Orientierung und geschlechtliche Identität“⁷² wurden 2006 von Experten und Expertinnen in Indonesien erarbeitet und enthalten 29 Prinzipien, welche die Anwendung der zentralen Menschenrechte für LGBTI-Menschen bekräftigt und präzisiert. Es handelt sich hierbei nicht um einen neuen verbindlichen Menschenrechtsvertrag, sondern allenfalls um soft-law. Enthalten sind nicht neue Rechte, vielmehr werden die bestehenden verbindlichen Menschenrechtsgarantien auf die konkrete Situation und die Herausforderungen von LGBTI-Menschen angewandt. Entsprechend enthält jedes Prinzip konkrete Handlungsempfehlungen an die Staaten. Die Prinzipien verwenden nicht die Abkürzung „LGBTI“ und teilen die Prinzipien nicht spezifischen Gruppen zu, sondern beziehen sich ausdrücklich auf die Situation von Menschen, die wegen ihrer sexuellen Orientierung oder ihrer Geschlechtsidentität benachteiligt werden. Dies gibt den Prinzipien einen breiten Geltungsbereich und verhindert Lücken. Diese Strategie erweist sich als sehr sinnvoll, zumal sich

⁶⁶ UPR Switzerland 2008, Ziff. 57.20 (Empfehlung Grossbritanniens).

⁶⁷ UPR Switzerland 2008, Addendum 1, Ziff. 19 und 21.

⁶⁸ UPR Switzerland 2012, Ziff. 123.49, S. 21.

⁶⁹ Ibid., Ziff. 123.76, S. 23.

⁷⁰ Ibid., Ziff. 123.77.

⁷¹ UPR Switzerland 2012, Addendum, S. 6 bzw. S. 8.

⁷² Yogyakarta Principles on the Application of International Human Rights Law in relation to Sexual Orientation and Gender Identity, abrufbar unter: http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.htm. Die deutsche Übersetzung der Hirschfeld-Eddy-Stiftung ist abrufbar unter: <http://www.hirschfeld-eddy-stiftung.de/schriften/yogyakarta-prinzipien/>. Siehe auch HRUSCHKA / PORTMANN, S. 150 ff.

die Prinzipien mit einer Thematik befassen, die sich stark in Entwicklung befindet. Das Vorgehen scheint sich bereits bewährt zu haben, zumal die Intersex-Personen zum Zeitpunkt des Verfassens der Prinzipien wohl nicht ausdrücklich bedacht worden sind.⁷³ Die Prinzipien bilden damit ein Referenzwerk, auf das sich auch die Vertragsüberwachungsorgane stützen.⁷⁴ Die Schweiz ist eines der Länder, welches die Yogyakarta Prinzipien von Anfang an unterstützt hat. So hat die Schweiz kurz nach dem Launch der Prinzipien⁷⁵ während der 4. Session des Menschenrechtsrats als einer von sieben Staaten⁷⁶ in ihrem Statement vom 29. März 2007 ausdrücklich auf die Yogyakarta Prinzipien und Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung und Geschlechtsidentität hingewiesen:

*„La Suisse est préoccupée par les cas de grave discrimination, de violence, de détention arbitraire, de torture, voire de mort à l'encontre de personnes à cause de leur orientation sexuelle ou leur identité de genre. (...) Nous aimerions également attirer l'attention du Conseil sur les Principes de Yogyakarta, adoptés en novembre dernier en Indonésie. Il s'agit d'un ensemble de principes sur la mise en œuvre du droit international des droits humains liés à l'orientation sexuelle et l'identité de genre. Ces principes mettent l'accent sur les standards internationaux juridiquement contraignants que tout Etat doit respecter. Nous invitons la Haut-Commissaire aux Droits de l'Homme, ce Conseil, ses Procédures Spécialisées et les organes des traités à se référer à ces principes dans leurs futurs travaux.“*⁷⁷

1.5. Weitere Grundlagen

Von gewisser Relevanz sind schliesslich einige im Rahmen der Internationalen Kommission für das Zivilstandswesen⁷⁸ verabschiedete Konventionen.⁷⁹ So regelt die von der Schweiz unterzeichnete Konvention Nr. 34⁸⁰ die Vereinheitlichung und Anerkennung von Auszügen aus dem Personenstandsregister u.a. bei Heirat und eingetragener Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare. Im Übrigen befassen sich die Konventionen Nr. 29⁸¹, 31⁸² und 32⁸³ mit der Anerkennung von im Personenstandsregister eines Vertragsstaats vorgenommenen Geschlechtsanpassungen, der Anerkennung von Namensänderungen bei Eingang und Auflösung einer eingetragene Partnerschaft sowie der Anerkennung⁸⁴ von gültig registrierten eingetragenen Partnerschaften. Die Schweiz hat bisher nur Konvention Nr. 34 unterzeichnet, sie aber noch nicht ratifiziert.

⁷³ An Activist's Guide to The Yogyakarta Principles, S. 23, abrufbar unter: https://iglhr.org/sites/default/files/Activists_Guide_Yogyakarta_Principles.pdf.

⁷⁴ Siehe z.B. CAT, Concluding Observations Finland, CAT/C/FIN/CO/5-6, 29.06.2011, Ziff. 24.

⁷⁵ Am 26.03.2007 in Genf.

⁷⁶ Tschechien, Dänemark, Finnland, Island, Norwegen, Schweden und Schweiz. Siehe Report on Launch of Yogyakarta Principles, S. 2 und HAMMARBERG, 2011, S. 41.

⁷⁷ Statement der Schweizer Delegation, HRC.

⁷⁸ La Commission Internationale de l'État Civil (CIEC), eine zwischenstaatliche Organisation, deren Ziel die Erleichterung der internationalen Zusammenarbeit in Personenstandsangelegenheiten und die Verbesserung des Betriebs nationaler Zivilstandsämter.

⁷⁹ Konventionen abrufbar unter: <http://ciec1.org/ListeConventions.htm>.

⁸⁰ Convention relative à la délivrance d'extraits et de certificats plurilingues et codés d'actes de l'état civil, 2014 (ersetzt Konvention Nr. 16).

⁸¹ Convention relative à la reconnaissance des décisions constatant un changement de sexe, 2000.

⁸² Convention sur la reconnaissance des noms, 2005.

⁸³ Convention sur la reconnaissance des partenariats enregistrés, 2007.

⁸⁴ Mit gewissen Ausnahmen, siehe Art. 7 Konvention Nr. 32.

Am zweiten IDAHO Forum⁸⁵, welches am 14. und 15. Mai 2014 in Valletta, Malta stattfand, unterzeichneten 17 Staaten⁸⁶ eine Absichtserklärung⁸⁷ mit welcher sie ihre Bereitschaft bekundeten, Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität durch Anpassung ihrer nationalen Rechtsordnungen oder mit anderen Massnahmen effektiv zu bekämpfen. Die Schweiz gehörte nicht zu den Unterzeichnerstaaten. Allerdings hat der Bundesrat am 29. April 2015 beschlossen, die Absichtserklärung nun zu genehmigen.⁸⁸

1.6. Im Fokus: Intersex-Menschen

Auf internationaler Ebene rückt die Situation von Intersex-Menschen seit kurzer Zeit in den Fokus. Auf der Ebene der Vereinten Nationen hat beispielsweise der CEDAW-Ausschuss in Concluding Observations an Deutschland darauf hingewiesen, dass die Staatenberichte künftig auch Informationen über Massnahmen betreffend den Schutz von Intersex-Menschen beinhalten sollen und dass die Staaten vermehrt den Dialog mit NGOs aus dem Bereich Intersex suchen sollen.⁸⁹ Der Antifolter-Ausschuss zeigte sich 2011 in seinen Concluding Observations, ebenfalls zu Deutschland, besorgt über die ohne die Einwilligung der betroffenen Personen durchgeführten geschlechtsbestimmenden Operationen im Kindesalter sowie den Mangel an wirksamen Rechtsmitteln und angemessener finanzieller Entschädigung. Es müsse ausserdem sichergestellt werden, dass das medizinische Personal neben der Operation auch Alternativen kenne und diese den Eltern auch präsentiere.⁹⁰

Im Schattenbericht 2014 zum Schweizer Staatenbericht an den Kinderrechtsausschuss wiesen die beteiligten NGOs darauf hin, dass die in der Schweiz an Kindern durchgeführten geschlechtsbestimmenden Operationen als „Intersex Genital Mutilation“ (IGM) zu qualifizieren sind und die Menschenrechte der betroffenen Kinder verletzen. Insbesondere das gemäss Art. 3 Kinderrechtskonvention (KRK)⁹¹ stets vorrangig zu beachtende Kindeswohl werde durch Operationen im Kleinkindalter ohne die Zustimmung der Betroffenen systematisch verletzt.⁹² In seinen Concluding Observations vom 4. Februar 2015 machte der Kinderrechtsausschuss sodann erstmals Empfehlungen betreffend intersex geborenen Kindern an die Schweiz. Er ermahnte die Schweiz, im Sinne der Empfehlung der Nationalen Ethikkommission dafür zu sorgen, dass an Kindern keine unnötigen medizinischen Eingriffe vorgenommen werden und dass für Eltern von intersex geborenen Kindern angemessene Beratungs- und Unterstützungsstellen bereit stehen müssen.⁹³

⁸⁵ International Day on Transphobia and Homophobia, siehe <http://www.idaho2014forum.org/index.php>.

⁸⁶ Albanien, Belgien, Dänemark, Finnland, Frankreich, Irland, Island, Italien, Kroatien, Malta, Montenegro, Niederlande, Norwegen, Österreich, Schweden, Slowenien, Zypern.

⁸⁷ IDAHO, International Day Against Homophobia and Transphobia, Declaratino of Intent, Valletta, 14.05.2014, abrufbar unter: <http://www.idaho2014forum.org/images/prs/IDAHO%20declaration%20of%20Intent%20Final.pdf>.

⁸⁸ Siehe dazu Medienmitteilung vom 29.04.2015: <https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=57063>.

⁸⁹ CEDAW, Concluding Observations Germany, 2009, CEDAW/C/DEU/CO/6, paras. 61/62 und 67.

⁹⁰ CAT, Concluding Observations Germany, 2011, CAT/C/DEU/CO/5, para. 20.

⁹¹ Übereinkommen über die Rechte des Kindes, vom 20.11.1989, SR 0.107.

⁹² NGO Report zum Staatenbericht der Schweiz zur KRK, 2014, S. 3 und 22/23.

⁹³ CRC, Concluding Observations Switzerland, 2015, CRC/C/CHE/CO/2-4, para. 43.

In seinem Report vom 1. Februar 2013⁹⁴ kritisiert der UN Special Rapporteur für Folter Operationen zur sog. „Normalisierung“ von Intersex geborenen Kindern. Er führte aus, dass *“Children who are born with atypical sex characteristics are often subject to irreversible sex assignment, involuntary sterilization, involuntary genital normalizing surgery, performed without their informed consent, or that of their parents, ‘in an attempt to fix their sex’, leaving them with permanent, irreversible infertility and causing severe mental suffering.”*⁹⁵

Er empfahl allen Staaten, *“(…) to repeal any law allowing intrusive and irreversible treatments, including forced genital-normalizing surgery, involuntary sterilization, unethical experimentation, medical display, ‘reparative therapies’ or ‘conversion therapies’, when enforced or administered without the free and informed consent of the person concerned”*.⁹⁶ Ausserdem wies er darauf hin, dass Zwangssterilisationen unter allen Umständen unzulässig sein müssen und die Mitglieder marginalisierter Gruppen besonderen Schutz erhalten müssen.⁹⁷

Die oben erwähnten UNHCR-Leitlinien zur Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft beziehen sich auch auf Intersex-Personen:

*„Intersex persons may be subjected to persecution in ways that relate to their atypical anatomy. They may face discrimination and abuse for having a physical disability or medical condition, or for non-conformity with expected bodily appearances of females and males. Some intersex children are not registered at birth by the authorities, which can result in a range of associated risks and denial of their human rights. In some countries, being intersex can be seen as something evil or part of witchcraft and can result in a whole family being targeted for abuse. Similar to transgender individuals, they may risk being harmed during the transition to their chosen gender because, for example, their identification papers do not indicate their chosen gender. People who self-identify as intersex may be viewed by others as transgender, as there may simply be no understanding of the intersex condition in a given culture.”*⁹⁸

Daneben haben auch die Hochkommissarin für Menschenrechte⁹⁹ und der Europarat¹⁰⁰ darauf hingewiesen, dass Intersex-Menschen häufig mit Verletzungen ihrer grundlegendsten Rechte konfrontiert sind.

Zudem fand an der 25. Session des UNO Menschenrechtsrats im März 2014 zum ersten Mal im Rahmen eines Side Events eine Versammlung von Intersex-Aktivist*innen aus der ganzen Welt statt, an welcher über Genitalverstümmelung, Folter, psychologisches Trauma und Diskriminierung von Intersex-Personen gesprochen wurde. Ausserdem sprach ein Vertreter der Intersex-Aktivist*innen am 10. März 2014 im Rahmen der Berichtspräsentationen der Special Rapporteurs für Folter bzw. Menschenrechtsverteidiger zu den Mitgliedern des Menschenrechtsrats über Probleme und Anliegen von Intersex-Menschen.¹⁰¹ Am 30. Mai 2014 veröffentlichte die WHO zusammen mit mehreren UNO Agenturen ein Statement zu „Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary

⁹⁴ A/HRC/22/53, Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E. Méndez, 01.02.2013.

⁹⁵ A/HRC/22/53, para. 77.

⁹⁶ A/HRC/22/53, para. 88.

⁹⁷ A/HRC/22/53, para. 88.

⁹⁸ UNHCR Guidelines No. 9, S. 4.

⁹⁹ HOCHKOMMISSARIN FÜR MENSCHENRECHTE 2011, para. 57.

¹⁰⁰ Parlamentarische Versammlung, Resolution 1952(2013), paras. 7.5.3 und 7.7.

¹⁰¹ <http://feminist.org/blog/index.php/2013/02/08/un-condemns-normalization-surgeries-of-intersex-children/>.

sterilization.“ Die beteiligten Agenturen weisen mit dem Statement darauf hin, dass neben Menschen mit Behinderung hauptsächlich Trans- und Intersex-Menschen von Zwangssterilisationen betroffen sind. Sterilisationen dürfen jedoch nur diskriminierungsfrei, ohne Zwang und nur mit der Zustimmung der umfassend informierten Betroffenen durchgeführt werden. Zur Umsetzung dieser Vorgaben enthält das Statement Guiding Principles und Vorschläge für einen Aktionsplan.¹⁰²

Am Rande befassen sich auch die Hammarberg-Berichte zur „Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe“ von 2011 bzw. „Human Rights and Gender Identity“ von 2009 und der Bericht der Hochkommissarin für Menschenrechte „Study documenting discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity“ von 2011 mit der Situation von Intersex-Menschen. Die drei Berichte machen allerdings keine Unterscheidung zwischen LGBT und I-Menschen und beinhalten daher auch keine spezifisch für Intersex-Menschen geltenden Empfehlungen. Schliesslich nimmt auch die Parlamentarische Versammlung des Europarats in ihrer Resolution 1952 vom 1. Oktober 2013 Bezug auf Intersex-Menschen.

2. Europäische Ebene

Die EMRK garantiert in Art. 14 den Genuss der Konventionsrechte ohne Diskriminierung wegen verschiedener, nicht abschliessend formulierter Merkmale. Obwohl die Merkmale der sexuellen Orientierung und der Geschlechtsidentität nicht ausdrücklich erwähnt sind, werden sie laut der Rechtsprechung¹⁰³ des Gerichtshofs vom Geltungsbereich des Art. 14 EMRK erfasst.

Die Bestimmungen der EMRK sind direkt anwendbar und können sowohl auf nationaler Ebene als auch (nach Ausschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzuges) vor dem EGMR gerügt werden. Art. 14 ist ein akzessorisches Diskriminierungsverbot und muss zusammen mit einem in der EMRK gewährten Recht geltend gemacht werden. Das 12. Zusatzprotokoll zur EMRK, welches ein selbständiges Diskriminierungsverbot garantiert, wurde von der Schweiz nicht unterzeichnet. Im Übrigen erwähnt auch dieses die sexuelle Orientierung und die Geschlechtsidentität nicht.

Im Zusammenhang mit der sexuellen Orientierung und der Geschlechtsidentität erachtet der EGMR insbesondere Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) als relevante Garantie:

„As the Court has had previous occasion to remark, the concept of “private life” is a broad term not susceptible to exhaustive definition. It covers the physical and psychological integrity of a person (...). It can sometimes embrace aspects of an individual’s physical and social identity (...). Elements such as, for example, gender identification, name and sexual orientation and sexual life fall within the personal sphere protected by Article 8.“¹⁰⁴

¹⁰² WHO Interagency Statement 2014.

¹⁰³ EGMR, P.V. v. Spanien, vom 30.11.2010, Application Nr. 35159/09, para. 30: „En l'espèce, la Cour note toutefois, que ce qui est en jeu dans la présente affaire n'est pas une question d'orientation sexuelle, mais de dysphorie de genre. Elle estime néanmoins que la transsexualité est une notion qui est couverte, à n'en pas douter, par l'article 14 de la Convention. La Cour rappelle à cet égard que la liste que renferme cette disposition revêt un caractère indicatif, et non limitatif, dont témoigne l'adverbe « notamment » (en anglais « any ground such as »).“ Siehe auch den Bericht der damaligen Europäischen Kommission für Menschenrechte zur Beschwerde Sutherland v. United Kingdom, vom 01.07.1997, Application No. 25186/94, para. 51: „The Commission for its part considers that it is not required to determine whether a difference based on sexual orientation is a matter which is properly to be considered as a difference on grounds of “sex” or of “other status”. In either event, it is a difference in respect of which the Commission is entitled to seek justification.“

¹⁰⁴ EGMR, Van Kück v. Deutschland, vom 12.06.2003, Application Nr. 35968/97, para. 69.

In Bezug auf Diskriminierung wegen der *sexuellen Orientierung* hat der Gerichtshof seit 1981¹⁰⁵ daher vor allem im Zusammenhang mit Art. 8 EMRK einige Urteile gefällt. So in Bezug auf die Einstufung homosexueller Beziehungen zwischen Männern als Straftat,¹⁰⁶ dem Ausschluss homosexueller Männer aus der Armee,¹⁰⁷ dem Schutzalter für einvernehmliche homosexuelle Beziehungen,¹⁰⁸ den Rechten als Eltern,¹⁰⁹ dem Recht auf Adoption,¹¹⁰ der rechtlichen Nachfolge in Verträgen,¹¹¹ dem Zugang zu sozialer Sicherheit¹¹² sowie dem Recht auf Ehe oder einer alternativen Form der rechtlichen Anerkennung einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft.¹¹³ Ausserdem befasst sich der EGMR mit den Rechten im Erwerbsleben, mit der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit sowie mit Homophobie, Misshandlung und Wegweisung.

Im Zusammenhang mit der Verweigerung von Dienstleistungen an homosexuelle Menschen aus religiösen Gründen entschied der EGMR 2013 im Fall *Eweida and Others* gegen Grossbritannien,¹¹⁴ dass es im Ermessensspielraum der Staaten liege, wie sie einen vernünftigen Ausgleich zwischen zwei Konventionsrechten erzielen. Unterschiedliche Behandlungen gestützt auf die sexuelle Orientierung bedürfen aber besonders wichtiger Gründe, um rechtmässig zu sein. Die Beschwerdeführenden waren Mitarbeitende im Gesundheitswesen (sexual therapie) und beim Zivilstandsamt und weigerten sich aus religiösen Gründen, homosexuelle Menschen zu beraten bzw. eingetragene Partnerschaften aufzunehmen. Der EGMR führte aus, dass die Durchsetzung einer nicht-diskriminierenden Erbringung von Dienstleistungen legitim sei und damit die religiöse Freiheit der Beschwerdeführenden nicht übermässig beeinträchtigt wurde.¹¹⁵

Zurzeit sind vor dem EGMR einige Fälle betreffend den fehlenden Schutz vor privater Diskriminierung und homophober Gewalt von Privaten hängig.¹¹⁶

1992 verurteilte¹¹⁷ der EGMR erstmals einen Staat, weil er einer *Transfrau* verweigerte, den Zivilstandsregistereintrag gemäss ihrem angepassten Geschlecht zu ändern.¹¹⁸ Seit 2002 entschied

¹⁰⁵ Ein Überblick über die Rechtsprechung findet sich in den EGMR-Factsheets „Homosexuality: criminal aspects“ und „Sexual Orientation Issues“ von April 2015 bzw. November 2014 (siehe unter <http://www.echr.coe.int/ECHR/en/Header/Press/Information+sheets/Factsheets/>).

¹⁰⁶ EGMR, *Dudgeon v. Grossbritannien*, vom 22.10.1981, Series A no. 45; *Norris v. Irland*, vom 26.10.1988, Series A no. 142 und *Modinos v. Zypern*, vom 22.04.1993, Series A no. 259.

¹⁰⁷ EGMR, *Smith and Grady v. Grossbritannien*, vom 27. September 1999, Application Nr. 33985/96 und 33986/96, ECHR 1999-VI.

¹⁰⁸ EGMR, *L. and V. v. Austria*, vom 09.01.2003, Application Nr. 39392/98 und 39829/98, ECHR 2003-I.

¹⁰⁹ EGMR, *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, vom 21.12.1999, Application Nr. 33290/96, ECHR 1999-IX.

¹¹⁰ EGMR, *Fretté v. Frankreich*, vom 26.02.2002, Application Nr. 36515/97, ECHR 2002; *E.B. v. Frankreich*, vom 22.01.2008, Application Nr. 43546/02; *Gas and Dubois v. Frankreich*, vom 15.03.2012, Application Nr. 25951/07 und *X and Others v. Österreich*, vom 19.02.2013, Application Nr. 19010/07.

¹¹¹ EGMR, *Kozak v. Polen*, vom 02.03.2010, Application Nr. 13102/02; *Karner v. Österreich* vom 24.07.2003, Application Nr. 40016/98, ECHR 2003-IX.

¹¹² EGMR, *P.B. and J.S. v. Österreich*, vom 22.07.2010, Application Nr. 18984/02.

¹¹³ EGMR, *Schalk and Kopf v. Österreich*, vom 24.06.2010, Application Nr. 30141/04.

¹¹⁴ EGMR, *Eweida and Others v. Grossbritannien*, vom 27.05.2013, Applications Nr. 48420/10, 59842/10, 51671/10 und 36516/10.

¹¹⁵ EGMR, *Eweida and Others v. Grossbritannien*, vom 27.05.2013, Applications Nr. 48420/10, 59842/10, 51671/10 und 36516/10, paras. 102-110.

¹¹⁶ Z.B. EGMR, *Sabalic v. Kroatien*, Application Nr. 50231/13 eingereicht am 26.07.2013; *M.C. and A.C. v. Rumänien*, Application Nr. 12060/12, eingereicht am 06.02.2012.

¹¹⁷ Ein Überblick über die Rechtsprechung findet sich im EGMR-Factsheet „Gender Identity“ vom März 2015 (siehe unter <http://www.echr.coe.int/ECHR/en/Header/Press/Information+sheets/Factsheets/>) sowie in HAMMARBERG, 2011.

¹¹⁸ EGMR, *B. v. Frankreich*, vom 25.03.1992, Application Nr. 13343/87.

er bereits mehrmals, dass Staaten in ihren Gesetzgebungen Verfahren vorzusehen haben, welche Transmenschen post-operativ die rechtliche Anerkennung ihrer Geschlechtsanpassung erlauben.¹¹⁹ Im Bezug auf die Möglichkeit einer operativen Angleichung selbst, verurteilte er 2015 die Türkei, weil Transmenschen laut der türkischen Rechtsordnung eine geschlechtsangleichende Operation nur dann vornehmen lassen dürfen, wenn sie bereits vor der Operation fortpflanzungsunfähig sind. Der EGMR hielt diese Regelung mit Art. 8 EMRK nicht vereinbar. Er machte deutlich, dass es keine Streitfrage sein könne, ob Transmenschen der volle Genuss ihres Rechts auf persönliche Entwicklung und körperliche und moralische Integrität zustehe.¹²⁰

Ausserdem hat der EGMR im Laufe der Zeit auch einige Beschwerden von Transmenschen in Bezug auf die Möglichkeit zu heiraten (Art. 12 EMRK) behandelt. Dabei geht es stets um die Frage, ob eine Transfrau oder ein Transmann eine Person des nun anderen Geschlechts heiraten darf und um die Unmöglichkeit der Änderung von Geburtsregistern nach einer Geschlechtsangleichung. 1987 entschied der EGMR im Fall Rees gegen Grossbritannien,¹²¹ das Recht auf Eheschliessung *“refers to the traditional marriage between persons of opposite biological sex”*¹²² und stellte damit nur auf das Geburtsgeschlecht ab. Gleiches entschied er 1990 im Fall Cossey gegen Grossbritannien,¹²³ bezog aber die sich langsam ändernde Auffassung der Europaratstaaten mit ein:

“[a]lthough some Contracting States would now regard as valid a marriage between a person in Miss Cossey’s situation¹²⁴ and a man, the developments which have occurred to date (...) cannot be said to evidence any general abandonment of the traditional concept of marriage”¹²⁵ womit “attachment to the traditional concept of marriage provides sufficient reason for the continued adoption of biological criteria for determining a person’s sex for the purposes of marriage.”¹²⁶

Die Einschätzung des EGMR scheint sich nun mit dem Urteil Goodwin gegen Grossbritannien¹²⁷ zu ändern. In dem 2002 entschiedenen Fall führte der EGMR aus, dass rein biologische Kriterien bei der Bestimmung der zulässigen Ehepartner nicht mehr ausreichen sollen. Während die Ausgestaltung der Verfahren zur Anerkennung einer Geschlechtsanpassung Sache der Vertragsstaaten ist, darf Transmenschen nicht unter allen Umständen das Recht auf Eheschliessung verwehrt werden.¹²⁸ Jedoch erachtete es der Gerichtshof - mangels europäischen Konsenses - als zulässig, von einer mit einer Frau verheirateten Transfrau die Umwandlung ihrer (noch als Mann eingegangenen) Ehe in eine eingetragene Partnerschaft als Voraussetzung für die offizielle Anerkennung ihrer Geschlechtsangleichung zu verlangen.¹²⁹

¹¹⁹ EGMR, Christine Goodwin v. UK, vom 11.07.2002, Application Nr. 28957/95; EGMR, Grant v. UK, vom 23.08.2006, Application Nr. 32570/03; EGMR, L. v. Litauen, vom 11.11.2007, Application Nr. 27527/03.

¹²⁰ EGMR, Y.Y. v. Türkei, vom 10.03.2015, Application Nr. 14793/08.

¹²¹ EGMR, Rees v. Grossbritannien, vom 17.10.1986, Application Nr. 9532/81.

¹²² EGMR, Rees v. Grossbritannien, vom 17.10.1986, Application Nr. 9532/81, para. 49.

¹²³ EGMR, Cossey. v. Grossbritannien, vom 27.09.1990, Application Nr. 10843/84. Gleich entschied der EGMR auch im Fall Sheffield and Horsham v. Grossbritannien, vom 30.07.1998, Application Nr. 22985/93 und 23390/94.

¹²⁴ Frau Cossey ist eine als Mann geborene Transfrau.

¹²⁵ EGMR, Cossey. v. Grossbritannien, vom 27.11.1990, Application Nr. 10843/84, para. 46.

¹²⁶ EGMR, Cossey. v. Grossbritannien, vom 27.11.1990, Application Nr. 10843/84, para. 46.

¹²⁷ EGMR, Christine Goodwin v. Grossbritannien, vom 22.07.2002, Application Nr. 28957/95. Siehe auch EGMR I. v. Grossbritannien, vom 11.07.2002, Application Nr. 25680/94.

¹²⁸ EGMR, Christine Goodwin v. Grossbritannien, vom 22.07.2002, Application Nr. 28957/95, paras. 101 und 103.

¹²⁹ EGMR, Hämäläinen v. Finland, vom 16.07.2014, Application Nr. 37359/09.

In Bezug auf die Schweiz hat der EGMR bisher, soweit ersichtlich, erst einen Fall im Zusammenhang mit einer Transperson entschieden. Im Fall Schlumpf gegen die Schweiz hatte sich der EGMR mit der Verweigerung der Kostenübernahme für eine Geschlechtsumwandlung durch die Krankenkasse im Falle einer Transfrau zu beschäftigen. Das Bundesgericht hatte den Entscheid geschützt, weil die Transfrau vor der Operation nicht die von der Rechtsprechung regelmässig geforderten zwei Jahre abgewartet hatte. Der EGMR sah im Entscheid einen Verstoß gegen Art. 6 (Anspruch auf ein faires Verfahren) und Art. 8 EMRK, da die Wartezeit ohne Berücksichtigung des konkreten Falls automatisch zur Anwendung gekommen sei.¹³⁰

Bisher hat der EGMR noch keine Beschwerde einer *Intersex*-Person behandelt.

Neben der EMRK sind weitere Europaratsverträge relevant, insbesondere das Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häusliche Gewalt vom 11. Mai 2011 (sog. Istanbul Konvention). Als erster Menschenrechtsvertrag überhaupt zählt das Übereinkommen im Diskriminierungsverbot von Art. 4 Abs. 3 sexuelle Orientierung und Geschlechtsidentität als verbotene Anknüpfungsmerkmale auf. Ausserdem verpflichten Art. 38 und 39 die Vertragsstaaten, Massnahmen zur Sicherstellung der Strafbarkeit von weiblicher Genitalverstümmelung und Zwangssterilisation zu treffen, was insbesondere für Intersex-Menschen von Relevanz sein kann. Die Schweiz hat die Konvention am 11. November 2013 unterzeichnet;¹³¹ sie trat am 1. August 2014¹³² in Kraft.

In den politischen Gremien des Europarats begannen Anfang der 80-er Jahre Bemühungen zur Bekämpfung von Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung und der Geschlechtsidentität.¹³³ Diese gipfelten in der Empfehlung CM/Rec(2010)5 des Ministerkomitees zur „Bekämpfung von Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung und Geschlechtsidentität“ vom 31. März 2010.¹³⁴ Am 22. April 2015 hat die parlamentarische Versammlung des Europarates die Resolution 2048 (2015) „La discrimination à l'encontre des personnes transgenres en Europe“ verabschiedet.¹³⁵ Die Resolution enthält sehr detaillierte Empfehlungen. U.a. ruft sie die Staaten auf, Diskriminierung aufgrund der Geschlechtsidentität ausdrücklich im nationalen Recht zu verbieten und unter Strafe¹³⁶ zu stellen, die rechtliche Anerkennung des neuen Geschlechts zu erleichtern, auf den Zwang zur Sterilisation zu verzichten, und relevante Berufsgruppen und eine weitere Öffentlichkeit für das Thema zu sensibilisieren.

Ausserdem mahnte der ehemalige Menschenrechtskommissar des Europarats, Thomas Hammarberg, nach seinem Besuch in der Schweiz im Februar 2012 in einem offenen Brief an Bundesrat Burkhalter an, dass nach aktueller Rechtslage die Belange der leicht verletzbaren Gruppe der

¹³⁰ EGMR, Schlumpf Nadine v. Schweiz, vom 08.01.2009, Application Nr. 29002/06. Siehe dazu auch das darauf folgende Revisionsurteil des Bundesgerichts 9F_9/2009, Urteil vom 15.09.2010. Siehe auch EGMR, van Kück v. Deutschland, vom 12.06.2003, Application Nr. 35968/97.

¹³¹ Bisher aber noch nicht ratifiziert (Stand: 13.04.2015).

¹³² Benötigt wurden 10 Ratifikationen, dies wurde mit der Ratifizierung durch Andorra und Montenegro am 22.04.2014 erreicht.

¹³³ Siehe die Zusammenstellung der entsprechenden Resolutionen der Parlamentarischen Versammlung sowie des Ministerkomitees des Europarates in CoE Standards.

¹³⁴ Ministerkomitee des Europarates, Recommendation (2010)5. Weitere Ausführungen zu diesen Empfehlungen sind in der Empfehlung der Parlamentarischen Versammlung, Recommendation 1915(2010), Discrimination on the basis of sexual orientation and gender identity vom 29.04.2010, enthalten.

¹³⁵ Siehe dazu die Interpellation Fiala 15.3521 „Transgender People. Kohärenz der Schweizer Gesetzgebung und Praxis mit der Resolution 13742 des Europarates“ vom 04.06. 2015.

¹³⁶ Siehe dazu die parlamentarische Initiative Reynard 13.407 „Kampf gegen die Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung“ vom 07.03.2013.

LGBTI nicht ausreichend geschützt und ihre Bedürfnisse zudem auch nicht hinreichend bekannt seien. Er plädierte für die Verabschiedung eines umfassenden Antidiskriminierungsgesetzes.¹³⁷

Im Rahmen des Europarats hat die Europäische Kommission gegen Rassismus und Intoleranz (ECRI)¹³⁸ bei ihrer Untersuchung der Situation¹³⁹ in der Schweiz 2014 neu auch LGBT-Themen in ihre Prüfung miteinbezogen.¹⁴⁰ Von den 21 abgegebenen Empfehlungen identifiziert die ECRI zwei konkrete Empfehlungen, welche eine vorrangige Umsetzung verlangen; dazu gehört Empfehlung Nr. 21 an die Schweizer Behörden, eine oder mehrere unabhängige Stellen mit der Förderung der Akzeptanz für LGBT-Personen und der Bekämpfung ihrer Diskriminierung zu beauftragen. Diese Stellen sollten die gesamte Schweiz abdecken und zu diesem Zweck die entsprechenden Mittel erhalten. Von den 21 Empfehlungen des Berichts beziehen sich insgesamt drei (Empfehlungen Nr. 19-21) ausdrücklich auf die Situation von LGBT-Menschen in der Schweiz: Neben der bereits erwähnten Empfehlung Nr. 21 empfiehlt die ECRI, eine umfassende Gesetzgebung gegen Diskriminierung aufgrund von sexueller Orientierung und Geschlechtsidentität zu verabschieden und diese Gründe in Art. 261^{bis} StGB aufzunehmen.¹⁴¹ Ausserdem müssen LGBT-Jugendlichen die notwendigen Informationen und Unterstützungen geboten werden, damit sie gemäss ihrer sexuellen Orientierung und Geschlechtsidentität leben können. Insbesondere in den Schulen sollen dazu Massnahmen zur Förderung des gegenseitigen Verständnisses und der gegenseitigen Achtung aller Menschen, ungeachtet der sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität, umgesetzt werden.¹⁴²

3. Zwischenfazit

Auf internationaler und europäischer Ebene steht heute fest, dass LGBTI-Menschen von den bestehenden menschenrechtlichen Garantien geschützt werden und dass Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung oder der Geschlechtsidentität im Rahmen der geltenden Verträge nicht zulässig ist, obwohl die wenigsten Verträge sexuelle Orientierung oder Geschlechtsidentität explizit erwähnen bzw. Intersex-Status gar nicht erwähnen. Alle hier relevanten UNO-Organe, verschiedene Special Rapporteurs, der EGMR sowie die politischen Gremien des Europarats befassen sich heute mit der Situation von LGBTI-Menschen und auch die Bedürfnisse von Intersex-Menschen werden vermehrt erkannt. Im Sinne der Yogyakarta-Prinzipien, welche nicht neue Rechte für LGBTI-Menschen schaffen, sondern aufzeigen, dass und wie die bestehenden menschenrechtlichen Verpflichtungen auch für LGBTI-Menschen Schutz bieten, bestehen auf internationaler Ebene aktuell keine Bestrebungen, neue Menschenrechte für LGBTI-Menschen zu kreieren. Vielmehr wird vermehrt darauf hingewiesen, dass die bestehenden Garantien bloss auch auf LGBTI-Menschen angewandt werden müssen.

¹³⁷ Commissioner for Human Rights, Brief an Didier Burkhalter, Massnahmen gegen Diskriminierung, Schutz der Menschenrechte von Migranten, Flüchtlingen und Asylbewerbern und institutioneller Rahmen für Menschenrechte, CommHR/SB/sf 022-2012, vom 12.03.2012. Siehe insb. Anhang, Ziff. 8.

¹³⁸ European Commission against Racism and Intolerance (ECRI), siehe http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/default_en.asp.

¹³⁹ Die ECRI überwacht und untersucht die Situation betreffend Rassismus und Intoleranz in allen Europaratsstaaten. Dazu führt sie Länderbesuche und vertrauliche Gespräche mit den relevanten nationalen Behörden durch.

¹⁴⁰ Rapport de l'ECRI sur la Suisse, 2014. Die Situation in der Schweiz wurde im Rahmen des 5. Untersuchungszyklus (2013/2014) untersucht. Der Bericht befasst sich nicht mit Intersex-Menschen.

¹⁴¹ Empfehlung Nr. 19.

¹⁴² Empfehlung Nr. 20.

Dies führt dazu, dass die Vertragsstaaten vermehrt auf die Existenz von LGBTI-Menschen sensibilisiert und gleichzeitig darauf hingewiesen werden, dass die bestehenden nationalen Rechtsordnungen auch in Bezug auf LGBTI-Menschen diskriminierungsfrei angewandt und ausgelegt werden müssen bzw. angepasst werden sollten.

Auch die Schweiz hat bereits einige direkt an sie gerichtete Aufforderungen erhalten, Diskriminierungen von LGBTI-Menschen in der Schweiz anzugehen bzw. aufzuheben. Vor diesem Hintergrund wird nun die geltende Rechtslage in der Schweiz dargestellt und aufgezeigt, wo Diskriminierungsrisiken und Schutzlücken bestehen.

4. Schweiz

Aus dem Diskriminierungsverbot nach Art. 8 Abs. 2 BV fliesst gemäss Lehre und Rechtsprechung mit dem Merkmal „Lebensform“ der Schutz vor Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung, mit dem Merkmal „Geschlecht“ der Schutz vor Diskriminierung wegen der Geschlechtsidentität. Das Partnerschaftsgesetz führte die Möglichkeit der eingetragenen Partnerschaft von gleichgeschlechtlichen Paaren ein und liefert damit eine erste ausdrückliche Grundlage zur rechtlichen Akzeptanz homosexueller Partnerschaften. Verwehrt bleibt bisher allerdings die Möglichkeit der Kindesadoption und der Verwendung assistierter Fortpflanzungsmöglichkeiten. Zumindest steht homosexuellen Partnern nun die sog. Stiefkindadoption offen. In der Praxis noch nicht abschliessend geklärt ist die Frage, ob und wie weit sich LGBTI-Personen im Falle von Diskriminierung im Erwerbsleben auch auf das Gleichstellungsgesetz und die darin vorgesehenen Verfahrenserleichterungen berufen können.

Im Zusammenhang mit homophoben und transphoben Akten besteht in der Schweiz keine Schutznorm, auf welche sich die Betroffenen stützen und aufgrund derer Täter/Täterinnen bestraft werden können. Von der schweizerischen Rechtsordnung noch mehrheitlich unerfasst sind schliesslich die Bedürfnisse und Rechte von Trans- und Intersex-Personen. Hier fehlen statistische Erhebungen vollständig, sodass auch nicht klar ist, in welchen Lebensbereichen Intersex-Menschen unter Diskriminierungen leiden. Klar ist bisher, dass die frühzeitigen Operationen von Intersex-Kindern problematisch sein können. Diskriminierungen können ausserdem in den Bereichen Namensrecht, Ausbildung¹⁴³, Arbeit und Erwerbsleben sowie private Dienstleistungen vorkommen.

4.1. Bundesverfassung

Art. 8 Abs. 1 und 2 BV bestimmen in einer nicht abschliessenden und exemplarischen Aufzählung, dass alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind und niemand diskriminiert werden darf, namentlich nicht wegen „der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung.“ Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung fällt gemäss herrschender Lehre und Praxis unter „Lebensform.“¹⁴⁴ Dagegen wird das Diskriminierungsverbot aufgrund der Geschlechtsidentität von der

¹⁴³ Siehe dazu § 2 Abs. 2 und § 63 Abs. 1 lit. b des Bildungsgesetzes des Kantons Basel-Landschaft: „Die Schulen, Lehrbetriebe und andere Bildungsstätten vermitteln ihren Schülerinnen, Schülern oder Berufslernenden das für ihr Leben nötige Wissen und stärken ihr Selbstvertrauen. Sie achten dabei ihre geschlechtliche und kulturelle Identität (...)“ bzw. „Die Schülerinnen und Schüler haben Anspruch auf Achtung ihrer Persönlichkeit, ihrer Fähigkeiten und ihrer geschlechtlichen Identität.“

¹⁴⁴ SCHWEIZER, Kommentar zu Art. 8 Abs. 2 BV, Rn. 75.

Lehre unter „Geschlecht“ subsumiert; entsprechende Bundesgerichtsentscheide gibt es soweit ersichtlich nicht.¹⁴⁵

Das ausdrückliche Verbot der Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung findet sich in den Verfassungen der Kantone Zürich, Basel-Stadt und Genf.¹⁴⁶

Der verfassungsmässige Diskriminierungsschutz bezieht sich allerdings nur auf die Beziehung zwischen Staat und Individuum. Ein Schutz vor privater Diskriminierung kann nicht direkt aus den Verfassungsbestimmungen abgeleitet werden, sondern ergibt sich aus der entsprechenden Umsetzungsgesetzgebung.¹⁴⁷

4.2. Partnerschaftsgesetz

Zur Umsetzung des mit der neuen Bundesverfassung von 1999 eingeführten Art. 8 Abs. 2 BV¹⁴⁸, welcher die Diskriminierung wegen der Lebensform verbietet, wurde 2004 das Bundesgesetz über die eingetragenen Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare erlassen. Das PartG soll zu einer Verbesserung der Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Paare beitragen und das Fehlen des rechtlichen Status‘ ausgleichen.¹⁴⁹

4.3. Gleichstellungsgesetz

Das Gleichstellungsgesetz vom 24. März 1995 dient der Umsetzung von Art. 8 Abs. 3 BV, welcher festlegt, dass das Gesetz für die rechtliche und tatsächliche Gleichstellung von Frau und Mann zu sorgen hat, namentlich in Familie, Ausbildung und Arbeit. Das Gleichstellungsgesetz bezweckt im Sinne von Art. 8 Abs. 3 BV die tatsächliche Gleichstellung von Frau und Mann im Bereich des Erwerbslebens (Art. 1 GIG), ist also beschränkt auf Diskriminierung aufgrund des Geschlechts in privat- wie auch öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen. Im Übrigen kann hier auf die Ausführungen in Teilstudie 2 verwiesen werden.

4.4. Weitere Gesetzgebung

Im Zusammenhang mit dem Schutz vor Diskriminierung von Relevanz sind ausserdem die Regeln über den zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz (Art. 27 ff. ZGB),¹⁵⁰ Treu und Glauben sowie das Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 ZGB), culpa in contrahendo, unter Umständen Bestimmungen des Mietrechts (Art. 256 OR¹⁵¹ ff. und Art. 271 OR) sowie die obligationsrechtlichen Bestimmungen betreffend das Arbeitsverhältnis (Art. 328 und 336 OR). Ausserdem kann das Verbot sittenwidrigen Verhaltens von Bedeutung sein (Kontrahierungszwang aus BGE 129 III 35).¹⁵²

¹⁴⁵ MÜLLER / SCHEFER, S. 737 mit weiteren Hinweisen; SCHWEIZER, Kommentar zu Art. 8 Abs. 2 BV, Rn. 70 (hier zwar Vermischung von sexueller Orientierung und Geschlechtsidentität).

¹⁴⁶ Die Verfassung des Kantons Zürich, Art. 11 Abs. 2 (SR 131.211) von 2005; die Verfassung des Kantons Basel-Stadt, § 8 Abs. 2 (SR 131.222.1) von 2005; sowie Art. 15 der neuen Verfassung des Kantons Genf (SR 131.234) vom 31.05.2012, in Kraft seit dem 01.06.2013.

¹⁴⁷ Hier von Relevanz: Partnerschaftsgesetz, Gleichstellungsgesetz, Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht und Strafgesetzbuch. Dazu sogleich.

¹⁴⁸ Botschaft PartG, S. 1291.

¹⁴⁹ Botschaft PartG, S. 1291.

¹⁵⁰ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210).

¹⁵¹ Bundesgesetz vom 30.03.1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (OR; SR 220).

¹⁵² Siehe dazu ausführlich in Teilstudie 1.

Schliesslich könnten auch Bestimmungen des Strafgesetzbuches Anwendung finden, so Art. 122 Abs. 2 und 3 StGB,¹⁵³ Art. 177 StGB oder Art. 261^{bis} StGB.

III. SCHUTZ VOR DISKRIMINIERUNG WEGEN INTERSEX STATUS: INTERSEX-MENSCHEN

Schätzungen gehen davon aus, dass in der Schweiz pro Jahr 20 bis 100 Kinder mit uneindeutigen Geschlechtsmerkmalen zur Welt kommen. Genaue Zahlen sind nicht verfügbar, da diese Geburten nicht gezielt statistisch erfasst werden.¹⁵⁴ Entsprechend besteht heute auch Unklarheit darüber, wie häufig an diesen Kindern mit Einwilligung ihrer Eltern sog. „geschlechtsanpassende“ Operationen durchgeführt werden.

1. Rechtliche Stellung von Intersex-Menschen in der Schweiz

Laut Art. 35 Abs. 1 der Zivilstandsverordnung¹⁵⁵ müssen Geburten in der Schweiz innerhalb von drei Tagen dem zuständigen Zivilstandsamt gemeldet werden. Gemäss Art. 8 lit. d und lit. c Ziff. 3 ZStV wird damit jedes Neugeborene im Personenstandsregister sofort unter anderem mit Geschlecht und Vorname erfasst. Dabei muss der Vorname für das gewählte Geschlecht zulässig sein.¹⁵⁶

Zur Wahl stehen zwei Geschlechter, weiblich oder männlich. Das Offenlassen des Geschlechts oder die Wahl von Zwischenstufen sind nicht vorgesehen und daher nicht zulässig.¹⁵⁷ Die Rechtsordnung verlangt von den Eltern bzw. dem medizinischen Personal damit eine ziemlich unmittelbare Bezeichnung des Geschlechts des Kindes und lässt keine Zeit für Zweifel.

Diese Unmittelbarkeit führt aber im Fall eines Kindes, das mit für die Medizin und die Rechtsordnung uneindeutigen Geschlechtsmerkmalen zur Welt kommt, zu Problemen. Aus einer traditionellen medizinischen Sicht liegt bei einem Neugeborenen, das nicht eindeutig männlich oder weiblich ist, eine Störung vor, welche operativ zu beheben ist.¹⁵⁸ Aus rechtlicher Sicht ist ein Neugeborenes, das nicht eindeutig männlich oder weiblich ist, gar nicht vorgesehen und darf damit nicht in seiner natürlichen Form im Personenstandsregister erfasst werden. Dies führt dazu, dass Eltern gezwungen sind, rasch eine Entscheidung zu treffen, ob sie ihr Kind als Junge oder Mädchen registrieren lassen. Dabei werden sie durch medizinisches Personal beraten, welches anhand medizinischer Abwägungen Hinweise darauf gibt, welchem der beiden Geschlechter das Neugeborene biologisch näher steht.

¹⁵³ Schweizerisches Strafgesetzbuch, SR 311.0.

¹⁵⁴ <http://www.paediethics.uzh.ch/organisationen/sniv.html>.

¹⁵⁵ Zivilstandsverordnung vom 28.04.2004 (ZStV; SR 211.112.2).

¹⁵⁶ Art. 37c Abs. 2 und 3 ZStV.

¹⁵⁷ Anders in Deutschland. Seit dem 01.11.2013 darf bei Kindern, die mit uneindeutigen Geschlechtsmerkmalen geboren wurden, keine Geschlechtsangabe mehr in das Personenstandsregister eingetragen werden, siehe SKMR Newsletter vom 18.09.2013, <http://www.skmr.ch/de/themenbereiche/kinderpolitik/artikel/intersexualitaet.html>.

¹⁵⁸ Siehe dazu sogleich.

Der Zwang zur Einordnung des Kindes in das binäre System¹⁵⁹ und die Zuweisung eines entsprechenden Vornamens führt dazu, dass bereits im Säuglings- oder Kleinkindalter geschlechtsbestimmende (teilweise auch geschlechtskorrigierend genannte) Operationen an den ansonsten gesunden Kindern durchgeführt werden, damit die Kinder auch äusserlich in das System passen.¹⁶⁰

Diese ausschliessliche Zweiteilung ist allerdings in der schweizerischen Rechtsordnung nicht ausdrücklich festgelegt, sondern basiert auf traditionellen Vorstellungen.

Die Betroffenen selber werden nicht in die Entscheidungsfindung einbezogen und erfahren oft ihr ganzes Leben lang nicht, dass sie als zwischengeschlechtliche Person geboren wurden und dies, obwohl sie möglicherweise in ihrem Wohlbefinden stark eingeschränkt sind.¹⁶¹

Gemäss Ziff. 359 des Anhangs zur Verordnung über Geburtsgebrechen¹⁶² liegt bei einem Menschen mit Geschlechtsvariante¹⁶³ ein Geburtsgebrechen vor. Damit haben die betroffenen Personen nach Art. 13 IVG bis zum vollendeten 20. Altersjahr Anspruch auf die zur Behandlung des Geburtsgebrechens notwendigen medizinischen Massnahmen. Nicht-medizinische Massnahmen sind entsprechend nicht abgedeckt. Danach werden allfällige Kosten gemäss Art. 27 KVG von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung übernommen. Dies betrifft allerdings nur die Kosten für die gleichen Leistungen gemäss Leistungskatalog wie bei Krankheit.¹⁶⁴ Allfällige Pflegeleistungen durch die Eltern sind finanziell nicht vom KVG gedeckt.¹⁶⁵

Bisher wurde vor Bundesgericht kein Fall betreffend der Nicht-Übernahme von Kosten für eine Operation einer Intersex-Person entschieden. Von gewisser Relevanz ist zumindest ein Fall aus dem Jahre 1995. Einem Mann wurden zur Krebsbehandlung die Hoden amputiert. Das Bundesgericht entschied damals, dass sowohl die Amputation der Hoden in die Pflichtleistung der Krankenkasse fällt, als auch die Hodenrekonstruktion bzw. das Einsetzen einer Hodenprothese aus kosmetischen Gründen.¹⁶⁶

In der von der Weltgesundheitsorganisation (WHO) erstellten „Internationalen Klassifikation der Krankheiten und verwandter Gesundheitsprobleme“ („International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems“, ICD) heute gültigen 10. Version (ICD-10) werden die in der Rechts- und Sozialwissenschaft gebräuchlichen Begriffe Intersex(ualität), Zwitter, Hermaphrodit oder Zwischengeschlecht nicht erwähnt.¹⁶⁷ Vielmehr werden die unterschiedlichen Varianten in verschiedene „Krankheiten“ aufgeteilt. Soweit ersichtlich, sind die Varianten in Kapitel IV „Endokrine, Ernährungs- und Stoffwechselkrankheiten“, in den Kategorien (E00-E90) „Krankheiten

¹⁵⁹ „Das Schweizer Recht basiert, wie die europäischen Gesetzgebungen, auf einem binären System. Somit erhält jede Person aufgrund der ärztlichen Feststellung ein Geschlecht zugewiesen - männlich oder weiblich“. Antwort des Bundesrats auf Interpellation 11.3265, Kiener Nellen, „Umgang mit Varianten der Geschlechtsentwicklung“, 18.03.2011.

¹⁶⁰ ZEHNDER, Zwitter beim Namen nennen, S. 135, welche deutlich macht, dass „die Behandlungsmöglichkeiten mit zwei Optionen sehr eingeschränkt sind.“

¹⁶¹ [Shttp://intersex.ch/einfuehrung_intersexualitaet.phtml](http://intersex.ch/einfuehrung_intersexualitaet.phtml) (besucht am 29.01.2014).

¹⁶² Verordnung über Geburtsgebrechen vom 09.12.1985, (GgV; SR 831.232.21).

¹⁶³ „Hermaphroditismus verus und Pseudohermaphroditismus“.

¹⁶⁴ Vgl. den Vortrag von Prof. Dr. iur. Ulrich Meyer anlässlich des öffentlichen Workshops „Intersexualität. Medizinische, ethische und rechtliche Fragestellungen“ an der Universität Zürich vom 30.05.2013, abrufbar unter: <http://www.merh.uzh.ch/veranstaltungen/archiv/intersexualitaet/DreissigsterMai2013ZHMeyer.pdf>.

¹⁶⁵ Familienangehörige gelten nicht als zulässige „Leistungserbringer“, siehe BGE 126 V 330, E. 1.

¹⁶⁶ BGE 121 V 119, E. 3.

¹⁶⁷ Zur Terminologie, siehe vorne.

sonstiger endokriner Drüsen (E20-E35)¹⁶⁸ zu finden.¹⁶⁸ Als Überbegriff seit 2005 gebräuchlich ist „Disorders of Sex Development“ (DSD).¹⁶⁹

Das Schweizerische Recht enthält bisher keine Regelungen, die explizit den Umgang mit und die Rechte von Intersex-Menschen betreffen oder ihre Existenz anerkennen. Vielmehr gehen das Recht und die Rechtsprechung stillschweigend und in Übereinstimmung mit der medizinischen Ansicht davon aus, dass jeder Mensch entweder als männlich oder weiblich eingeordnet werden kann (und muss).

Das Schweizerische Bundesgericht hat sich bisher noch nie mit einer Beschwerde einer Intersex-Person befasst. Auch auf internationaler und europäischer Ebene besteht soweit ersichtlich noch keine Rechtsprechung. Auch in der sehr spärlichen Lehre gibt es bisher keine Einigkeit über die rechtliche Stellung und die rechtlichen Ansprüche von Intersex-Personen. Insbesondere ist bisher von der Lehre nicht geklärt, ob Diskriminierungen von Intersex-Menschen unter das Merkmal „Geschlecht“ subsumiert werden können, wie dies für die Geschlechtsidentität in der Lehre bereits ausdrücklich bejaht wurde.¹⁷⁰ Im Übrigen fehlen bisher in der Schweiz sowohl umfassende wissenschaftliche juristische Studien als auch statistische Daten zu Intersex-Personen.¹⁷¹ Auf politischer Ebene sind in jüngster Zeit zwei Interpellationen,¹⁷² eine Petition¹⁷³ sowie eine Frage¹⁷⁴ im Rahmen der Parlamentarischen Fragestunde behandelt worden.

2. Persönlichkeitsrechtliche Ansprüche von Intersex-Menschen

2.1. Bundesverfassung

Art. 10 Abs. 2 BV schützt jeden Menschen vor ungerechtfertigten Eingriffen in seine/ihre körperliche Integrität, unabhängig davon, ob der Eingriff schmerzlos, schmerzhaft oder heilend ist.¹⁷⁵ Gemäss Art. 36 BV sind staatliche Eingriffe in die körperliche Integrität eines Menschen nur zulässig, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sind. Geschlechtsbestimmende Operationen Intersex geborener Kinder in öffentlichen Spitälern fallen zweifellos in den Geltungsbereich von Art. 10 Abs. 2 BV. Im Rahmen der Rechtfertigung bedarf es der Unterscheidung zwischen Operationen, welche notwendig sind, um das Leben des Intersex-Kindes zu retten bzw. es zu heilen und kosmetischen Operationen. Die Tatsache, dass ein Kind mit uneindeutigen Geschlechtsmerkmalen zur Welt kommt, spricht

¹⁶⁸ Abrufbar unter: <http://www.dimdi.de/static/de/klassi/icd-10-gm/kodesuche/onlinefassungen/htmlgm2014/block-e20-e35.htm> (deutsche Übersetzung, besucht am 23.05.2014) bzw. <http://apps.who.int/classifications/icd10/browse/2010/en#/E20-E35> (Englisch, besucht am 23.05.2014). Von Relevanz z.B. E 25 Adrenogenitale Störungen, E 29 Testikuläre Dysfunktion, E 34.5 Androgenresistenz-Syndrom.

¹⁶⁹ Beschlossen an der Chicago Consensus Conference im Jahr 2005. Die Ergebnisse dieser Konferenz werden aber sowohl von Betroffenen als auch von Medizinern kritisiert.

¹⁷⁰ Siehe oben.

¹⁷¹ Siehe neu WERLEN, Persönlichkeitsschutz.

¹⁷² Interpellation 11.3265 vom 18.03.2011, Umgang mit Varianten der Geschlechtsentwicklung, Margret Kiener-Nellen; Interpellation 11.3286 vom 18.03.2011, Kosmetische Genitaloperationen bei Kindern mit uneindeutigen körperlichen Geschlechtsmerkmalen, Ida Glanzmann-Hunkeler.

¹⁷³ Petition 12.2018 vom 03.04.2012, Einführung eines dritten Geschlechts. Intersexualität, Eugen Fischer. Keine Folge geben.

¹⁷⁴ Frage 13.5300 vom 10.09.2013, Intersexualität. Stigmatisierung verhindern, Francine John-Calame.

¹⁷⁵ MÜLLER / SCHEFER, S. 73.

alleine noch nicht für die medizinische Notwendigkeit einer „Heilung“ durch Operation. Die Ethikkommission führte dazu Folgendes aus:

„Die Diagnose DSD (disorder of sex development) bedeutet versicherungsrechtlich ein Geburtsgebrechen, beinhaltet aber nicht, dass die betreffende Person deshalb schon medizinisch behandelt werden muss. Manche Formen von DSD haben jedoch lebensbedrohliche Begleiterscheinungen (z.B. Nebenniereninsuffizienz, Salzverlust) oder sind mit einem erhöhten Krebsrisiko verbunden, was medizinische Massnahmen erfordert.“¹⁷⁶

Wenn bei einem Intersex geborenen Kind also Begleiterscheinungen vorliegen, die einer Heilung bedürfen, ist der Eingriff in Art. 10 Abs. 2 BV gerechtfertigt.

Die Situation sieht aber anders aus, wenn das Kind gesund zur Welt kommt und lediglich uneindeutige Geschlechtsmerkmale aufweist. Hier kann nicht mehr von Heilung gesprochen werden, sondern es geht um die kosmetische Angleichung / Eingliederung eines Kindes in die binäre Geschlechterordnung. Davon gehen sowohl die Ethikkommission als auch der Bundesrat aus:

„Wenn solche Behandlungen allein zum Zweck einer Integration des Kindes in sein familiäres und soziales Umfeld durchgeführt werden, widersprechen sie dem Kindeswohl.“¹⁷⁷

„(...) ist festzuhalten, dass kosmetische Operationen und Hormontherapien keine zwingenden medizinischen Indikationen darstellen. Solche Eingriffe sollen deshalb nach Ansicht des Bundesrates nur nach Erreichen der Volljährigkeit und mit Einwilligung der betroffenen Person erfolgen.“¹⁷⁸

Art. 8 Abs. 2 BV schreibt fest, dass niemand diskriminiert werden darf, namentlich nicht wegen, u.a. des Geschlechts oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung.

Gestützt auf Art. 8 Abs. 2 BV könnte argumentiert werden,¹⁷⁹ dass Intersex-Menschen im Verhältnis zu nicht-Intersex Menschen aufgrund ihres Geschlechts diskriminiert werden. Während Intersex-Kinder in jedem Fall kurz nach der Geburt ohne medizinische Dringlichkeit einer kosmetischen geschlechtsbestimmenden Operation unterzogen werden, bleibt dies nicht-Intersex geborenen Kindern erspart, ausser es besteht eine medizinische Dringlichkeit. Die hier getroffene Unterscheidung knüpft damit an das Geschlecht¹⁸⁰ des Intersex-Kindes an und sollte damit gemäss Art. 8 Abs. 2 BV unzulässig sein. Andererseits könnte auch durch die Gleichbehandlung von eigentlich Ungleichem von einer Diskriminierung ausgegangen werden. Diese Argumentationslinie geht, wohl auch gestützt auf Art. 7 BV, davon aus, dass die zwingende Einordnung von Intersex-Menschen in das soziale Normbild diese Menschen „in ihrer Wertschätzung als Personen treffen und damit das Grundrecht der Menschenwürde beeinträchtigen“¹⁸¹ kann.¹⁸² Intersex-Personen werden in diesem Sinn entweder erniedrigt oder in ein stereotypes Muster gepresst.¹⁸³

¹⁷⁶ NEK, Stellungnahme Intersexualität, S. 7.

¹⁷⁷ NEK, Stellungnahme Intersexualität, S. 14.

¹⁷⁸ Antwort des Bundesrats vom 06.06.2011 auf 11.3286 – Interpellation Ida Glanzmann-Hunkeler vom 18.03.2011, Kosmetische Genitaloperationen bei Kindern mit uneindeutigen körperlichen Geschlechtsmerkmalen.

¹⁷⁹ CHRISTENSEN, Rn. 79 ff.; NEK, Stellungnahme Intersexualität, S. 20. Von der Lehre jedoch noch nicht umfassend behandelt.

¹⁸⁰ Auch wenn dieses eben nicht zweifellos erkennbar männlich oder weiblich ist sondern uneindeutig. Siehe dazu auch den NGO Report zum Staatenbericht der Schweiz zur KRK, 2014, S. 22 (betreffend Art. 2 KRK).

¹⁸¹ WALDMANN, S. 80.

¹⁸² WERLEN, Intersex, S. 183/184.

¹⁸³ WALDMANN, S. 261.

In der Schweiz gibt es keine gesetzliche Grundlage, die eine „geschlechtsklärende oder geschlechtszuweisende“ Operation gebietet oder verbietet. Vielmehr wird davon ausgegangen, dass ein Intersex geborenes Kind in seiner natürlichen Form nicht in die Gesellschaft passt und damit unweigerlich psychischen Schaden nehmen wird, welcher nur durch eine sofortige Operation verhindert werden kann. Lehre und Rechtsprechung haben sich bisher noch nicht mit dem verfassungsmässigen Grundrechtsschutz von Intersex-Menschen befasst. So erwähnen die gängigen Verfassungskommentare Intersex nicht und auch das Bundesgericht hat bisher keinen entsprechenden Fall beurteilt.¹⁸⁴

Bekanntermassen finden verfassungsmässige Grundrechte im Verhältnis von Privaten untereinander keine direkte Anwendung. Hier muss auf die Umsetzung der Verfassungsgarantien auf Gesetzesstufe verwiesen werden.

2.2. Zivilgesetzbuch und Zivilstandsverordnung

2.2.1. Körperliche Integrität und höchtpersönliche Rechte

Im Zusammenhang mit dem Schutz der körperlichen Integrität sind die zivilrechtlichen Regeln zu den höchtpersönlichen und vertretungsfeindlichen Rechten von Relevanz. Höchtpersönliche Rechte gemäss Art. 19c ZGB sind Rechte, die dem Rechtsträger „um seiner Persönlichkeit willen zustehen“ und sich durch ihren hohen persönlichkeitsbezogenen Gehalt auszeichnen. Dazu gehören insbesondere die Persönlichkeitsrechte, die Statusrechte sowie die persönlichkeitsbezogenen Familien- und Erbrechte.¹⁸⁵

Beispielsweise schützt Art. 28 ZGB die sexuelle Integrität. Dabei stehen als Schutzgüter die Selbstbestimmung über den eigenen Körper sowie das Schamgefühl, das auch durch Anzüglichkeiten und andere verbale Angriffe verletzt werden kann, im Vordergrund.¹⁸⁶

Gemäss Lehre¹⁸⁷ und Rechtsprechung¹⁸⁸ sind Entscheide über medizinische Behandlungen höchtpersönliche Rechte im Sinne von Art. 19c ZGB.

Zu beachten ist die Abgrenzung zwischen relativ und absolut höchtpersönlichen Rechten. Absolut höchtpersönliche Rechte schliessen eine gesetzliche Vertretung vollständig aus, während relativ höchtpersönliche Rechte im Falle der Urteilsunfähigkeit der betroffenen Person eine gesetzliche Vertretung zulassen.

Im Zusammenhang mit nicht aufschiebbaren, (irreversiblen) medizinischen Behandlungen zu Heilzwecken (wie oben bereits besprochen) gehen einige Autoren¹⁸⁹ davon aus, dass eine Vertretung möglich ist. Anders muss es sich verhalten, wenn es um aufschiebbare, irreversible Eingriffe geht. Hier handelt es sich gemäss der Lehre um absolut höchtpersönliche Rechte, die keine Vertretung zulassen. Die Entscheidung für oder gegen einen solchen Eingriff muss damit durch die urteilsfähigen Minderjährigen selber getroffen werden. Dabei ergibt sich die Urteilsfä-

¹⁸⁴ Siehe einzig das Urteil 6B_733/2013 vom 27.09.2013, an dem erwähnt wird, dass der Beschwerdeführer intersexuell sei.

¹⁸⁵ BIGLER-EGGENBERGER, Kommentar zu Art. 19 ZGB, Rz. 33/34; BÜCHLER/MICHEL, S. 1075.

¹⁸⁶ AEBI-MÜLLER, Kommentar zu Art. 28 ZGB, Rn.11.

¹⁸⁷ STUDER / COPUR, Selbstbestimmte Geschlechtsidentität, S. 65; MICHEL, MARGOT, S. 80 f.

¹⁸⁸ Siehe Kasuistik bei BIGLER-EGGENBERGER, Kommentar zu Art. 19 ZGB, Rz. 41 sowie BGE 134 II 235, E. 4.

¹⁸⁹ COTTIER, Zivilrechtliche Aspekte der Intersexualität; WERLEN, Kindesschutz, S. 1333 ff.; differenziert STUDER / COPUR, Selbstbestimmte Geschlechtsidentität, S. 65 ff.; VAERINI, S. 7/8. Siehe auch MICHEL, S. 138 ff.

higkeit von Minderjährigen entsprechend dem Prinzip der Relativität konkret für jeden Einzelfall.¹⁹⁰ Nach dieser Auffassung dürfen geschlechtsbestimmende Operationen also nur durchgeführt werden, wenn das urteilsfähige Kind selber entscheiden kann; so lange müsste daher mit der medizinischen Anpassung des Geschlechts zugewartet werden.¹⁹¹ Die Pflicht, das Geschlecht für das Personenstandsregister zu deklarieren, wird dadurch nicht berührt.

Wird davon ausgegangen, dass der medizinische Eingriff zwar ein höchstpersönliches Recht des Kindes betrifft, dieses aber vertreten werden kann, beurteilt sich die Situation in Bezug auf kosmetische Genitaloperationen im Kleinkindalter mit den Regeln über die rechtliche Vertretung gemäss Art. 301-307 ZGB sowie Art. 377-381 ZGB. Urteilsunfähige Personen können gemäss Art. 18 ZGB nicht rechtsgültig in eine medizinische Behandlung einwilligen. Bei Kleinkindern wird von der Urteilsunfähigkeit ausgegangen.¹⁹²

Urteilsunfähige Minderjährige werden gemäss Art. 19c Abs. 2 und Art. 304 Abs. 1 ZGB von ihren sorgeberechtigten Eltern vertreten. Diese sind nach Art. 301 Abs. 1 ZGB verpflichtet, bei ihrer Entscheidung das Wohl des Kindes als wichtigsten Faktor zu berücksichtigen. Von zweitrangiger Bedeutung müssten daher persönliche Ängste der Eltern sowie die Ansprüche der Gesellschaft sein.

Der Bundesrat scheint diese Einschätzung zu teilen, geht aber auch davon aus, dass potenzielle psychische Belastungen und Probleme von Intersex-Kindern bei der Einschulung oder im Alltag eine Operation im Säuglings- und Kleinkindalter rechtfertigen:

„Gemäss heutiger Praxis erfolgen operative Geschlechtsumwandlungen und -anpassungen nur dann, wenn eine zwingende medizinische Indikation vorliegt. Als zwingend gelten in diesen Fällen somatische (z.B. erhöhtes Krebsrisiko) und psychische Indikationen (z.B. Probleme bei der Einschulung eines Kindes). Eine Operation im Säuglings- und Kleinkindalter kann auch bei Vorliegen einer zwingenden medizinischen Indikation nur nach einer umfassenden interdisziplinären Abklärung und mit dem schriftlichen Einverständnis der Eltern erfolgen.

Ein Kind, das keinem Geschlecht eindeutig zugeordnet werden kann, wird im Alltag mit grossen Problemen konfrontiert sein - unabhängig davon, ob eine geschlechtsanpassende Operation erfolgt oder nicht. Der Bundesrat ist deshalb überzeugt, dass ein Verbot von geschlechtsanpassenden Operationen in all jenen Fällen, bei denen keine medizinische Notwendigkeit im somatischen Sinne vorliegt, die bestehenden Probleme für die betroffenen Kinder nicht löst.“¹⁹³

Die Überlegungen des Bundesrats scheinen allerdings den Stellungnahmen verschiedener NGOs und Betroffener zu wenig Aufmerksamkeit zu widmen. Sowohl auf den Internetseiten von Intersex-NGOs als auch in verschiedenen Artikeln von Intersex-Menschen finden sich zahlreiche Erlebnisberichte und Forderungen, welche Operationen im Kindesalter deutlich ablehnen.¹⁹⁴ Auch die Nationale Ethikkommission macht deutlich, dass psychosoziale Indikationen aufgrund

¹⁹⁰ Siehe dazu BGE 134 II 235, E. 4.

¹⁹¹ BÜCHLER / HOTZ, S. 572.

¹⁹² Siehe BGE 134 II 235.

¹⁹³ Antwort des Bundesrats vom 06.06.2011 auf 11.3265 – Interpellation vom 18.03.2011, Umgang mit Varianten der Geschlechtsentwicklung, Margret Kiener-Nellen.

¹⁹⁴ WERLEN, Kinderschutz S. 1333 ff.; Intersex.ch; <http://zwischen-geschlecht.org/post/6.-Die-Forderungen-der-Zwitterbewegung>; NGO Report zum Staatenbericht der Schweiz zur KRK, 2014, S. 13 ff. Siehe dazu auch STUDER / COPUR, Selbstbestimmte Geschlechtsidentität, S. 66.

ihrer Unsicherheiten eine irreversible geschlechtsbestimmende Genitaloperation an einem urteilsunfähigen Kind nicht alleine rechtfertigen können.¹⁹⁵

Art. 377 Abs. 1 ZGB klärt den Entscheidungsprozess, wenn eine urteilsunfähige Person medizinischer Behandlung bedarf, und sieht vor, dass in solchen Fällen bei Fehlen einer Patientenverfügung „die behandelnde Ärztin oder der behandelnde Arzt unter Beizug der zur Vertretung bei medizinischen Massnahmen berechtigten Person die erforderliche Behandlung“ plant.

Die Frage, ob die Eltern von Intersex geborenen Kindern rechtsgültig in geschlechtsbestimmende Operationen einwilligen könnten oder ob es sich dabei um vertretungsfeindliche höchstpersönliche Rechte des Kindes handelt, ist in der Lehre noch nicht abschliessend geklärt. Das Bundesgericht hatte bisher keinen entsprechenden Fall zu beurteilen.

In der Praxis scheinen diese juristischen Überlegungen eine eher untergeordnete Rolle zu spielen, auch weil sowohl aus medizinischer als auch aus sozialer Sicht eine Geschlechtsbestimmung in den meisten Fällen angezeigt ist und durchgeführt wird.

Grundsätzlich kommt der Ärztin/dem Arzt die Pflicht zu, die entscheidungsberechtigte Person umfassend über die bestehenden Möglichkeiten (inkl. dem Hinweis, dass auf eine Operation verzichtet werden kann) und die jeweiligen Risiken aufzuklären.¹⁹⁶ Handelt es sich bei der entscheidungsberechtigten Person um das minderjährige Kind, muss die Art der Aufklärung entsprechend an das Alter des Kindes angepasst werden.

Im November 2012 äusserte sich die Nationale Ethikkommission (NEK) in ihrer Stellungnahme Nr. 20/2012 erstmals zum Thema Intersex und erklärte, dass bei Intersex geborenen Kindern im Sinne ihres Kindeswohls auf irreversible Operationen wenn möglich zu verzichten sei. Bei der Beurteilung des Geschlechts sollte ausserdem in erster Linie auf die durch objektive Gründe gestützte Selbsteinschätzung der betroffenen Person und erst in zweiter Linie auf die biologischen Merkmale des Körpergeschlechts abgestellt werden. Schliesslich sollen Änderungen des im Personenstandsregister eingetragenen Geburtsgeschlechts unbürokratisch möglich sein.¹⁹⁷

2.2.2. Geschlechts- und Voramensänderung

Gemäss Art. 301 Abs. 4 ZGB geben die Eltern dem Kind einen Vornamen. Dieser Vorname muss dem Wohle des Kindes entsprechen und darf seine Interessen nicht offensichtlich verletzen, ansonsten weist die Zivilstandsbeamtin oder der Zivilstandsbeamte den Vornamen zurück.¹⁹⁸ Seit 1994 muss der Vorname das Geschlecht des Kindes nicht mehr zwingend eindeutig erkennen lassen. Allerdings müssen Vornamen, die unzweifelhaft dem anderen Geschlecht zugehören, nach wie vor zurückgewiesen werden. Ausserdem gilt in der Schweiz das Prinzip der Namenskontinuität, wonach Vornamen nicht beliebig verändert oder durch neue ersetzt werden können.¹⁹⁹ Damit haben die Eltern eines Intersex geborenen Kindes zumindest die Möglichkeit, dem Kind einen „Unisex“ Vornamen zu geben. Dennoch muss die Entscheidung, unter welchem Geschlecht das Kind in das Personenstandsregister eingetragen wird, sehr schnell getroffen werden. Mit der Einführung des neuen Namensrechts Anfang 2013 wurden die Voraussetzungen zur

¹⁹⁵ NEK, Stellungnahme Intersexualität, S. 19.

¹⁹⁶ WERLEN, Kinderschutz, S. 1329.

¹⁹⁷ Stellungnahme abrufbar unter: <http://www.bag.admin.ch/nek-cne/04229/04232/index.html?lang=de> (besucht am 01.05.2014).

¹⁹⁸ Art. 37c ZStV.

¹⁹⁹ BÜHLER, Kommentar zu Art. 270 ZGB, Rn. 40.

Namensänderung generell gelockert.²⁰⁰ Grundsätzlich muss eine Intersex-Person, die ihren Vornamen ihrem tatsächlich gefühlten Geschlecht anpassen möchte, damit gestützt auf Art. 30 Abs. 1 ZGB beim zuständigen kantonalen Zivilstandsamt ein Gesuch um Änderung des Vornamens einreichen.

Aufwändiger ist die Änderung des registrierten Geschlechts. Dazu hat das Eidgenössische Amt für das Zivilstandswesen (EAZW) am 1. Februar 2014 zur Umsetzung der Stellungnahme der NEK und dem Auftrag des Bundesrats²⁰¹ folgend, die Amtliche Mitteilung Nr. 140.15 „Intersexualität: Eintragung und Änderung des Geschlechts und der Vornamen im Personenstandsregister“ verfasst.²⁰² Gestützt auf die in Art. 43 ZGB geregelte Behebung offensichtlicher Fehler von Amtes wegen kann die ursprüngliche Geburtsmeldung geändert werden und damit Geschlecht und Vorname des Kindes im Register angepasst werden, ohne dass es eines gerichtlichen Verfahrens bedarf.²⁰³ Dies bedingt allerdings, dass die ursprüngliche Geburtsmeldung durch das medizinische Fachpersonal berichtet wurde. Das EAZW legt für die Berichtigung keine Frist fest, verlangt aber einen „zeitlichen und thematischen Zusammenhang zwischen der Beurkundung der Geburt“ und der Behebung des Eintragungsfehlers. Wie lange nach der Geburt von einem solchen Zusammenhang ausgegangen werden kann, setzt das EAZW nicht allgemein gültig fest und führt aus, dass „entsprechende medizinische Abklärungen durchaus eine gewisse Zeit (in Einzelfällen auch mehrere Jahre) in Anspruch nehmen [können]“. ²⁰⁴

Wenn der zeitliche und thematische Zusammenhang nicht mehr vorliegt, sind Betroffene jedoch wiederum auf das gerichtliche Verfahren zur Berichtigung des Personenstandsregisters gemäss Art. 42 Abs. 1 ZGB verwiesen.²⁰⁵ Dies wird im Schattenbericht zum Staatenbericht der Schweiz an den Kinderrechtsausschuss von NGOs kritisiert.²⁰⁶

3. Strafgesetzbuch und Sterilisationsgesetz

In Zusammenhang mit Operationen an den Geschlechtsorganen zu untersuchen sind auch die strafrechtlichen Tatbestände der Körperverletzung sowie der Genitalverstümmelung.²⁰⁷

Gemäss Art. 122 Abs. 2 und 3 StGB begeht eine Körperverletzung, wer „*vorsätzlich den Körper, ein wichtiges Organ oder Glied eines Menschen verstümmelt oder ein wichtiges Organ oder Glied unbrauchbar macht, einen Menschen bleibend arbeitsunfähig, gebrechlich oder geisteskrank macht, (...)*“ bzw. „*wer vorsätzlich eine andere schwere Schädigung des Körpers oder der körperlichen oder geistigen Gesundheit eines Menschen verursacht.*“ Bei einer Operation an den inneren und äusseren Geschlechtsorganen muss davon ausgegangen werden, dass es sich einerseits um einen Eingriff in ein wichtiges Organ eines Menschen handelt und andererseits um die Un-

²⁰⁰ Siehe dazu unten in „IV. Schutz vor Diskriminierung wegen der Geschlechtsidentität: Transmenschen“.

²⁰¹ Antwort des Bundesrats vom 16.09.2013 auf 13.5300 – Intersexualität. Stigmatisierung verhindern, Frage von Francine John-Calame vom 10.09.2013: «Conformément aux recommandations de la Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine de novembre 2012, le Conseil fédéral est prêt à sensibiliser les autorités de l'état civil pour permettre de modifier l'inscription du sexe dans le registre de l'état civil, sans complication bureaucratique. A cet égard, il est prévu que l'autorité fédérale compétente en la matière, l'Office fédéral de l'état civil, établira une communication officielle.»

²⁰² EAZW, Amtliche Mitteilung, Intersexualität.

²⁰³ Zum Verfahren, siehe im Kapitel zu Transmenschen.

²⁰⁴ EAZW, Amtliche Mitteilung, Intersexualität, S. 4.

²⁰⁵ EAZW, Amtliche Mitteilung, Intersexualität, S. 4 und 5.

²⁰⁶ NGO Report zum Staatenbericht der Schweiz zur KRK, 2014, S. 21/21.

²⁰⁷ Siehe dazu auch NEK, Stellungnahme Intersexualität, S. 15.

brauchbarmachung der bei der Geburt bestehenden Geschlechtsorgane.²⁰⁸ Hinzu könnte, beachtet man die Berichte von Betroffenen und NGOs, eine schwere Schädigung der geistigen Gesundheit der operierten Personen kommen.

Kommentare zum Strafgesetzbuch beinhalten allerdings bisher keine Verweise auf die Situation von Intersex-Personen. Bisher liegen in der Schweiz dazu auch keine bundesgerichtlichen Entscheide vor.

Gemäss Art. 124 StGB²⁰⁹ wird mit Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren bestraft, wer die Genitalien einer weiblichen Person verstümmelt, in ihrer natürlichen Funktion erheblich und dauerhaft beeinträchtigt oder sie in anderer Weise schädigt. Tätern und Täterinnen droht eine bis zu 10-jährige Freiheitsstrafe. Die Verjährungsfrist für die Strafverfolgung wird einheitlich auf 15 Jahre festgesetzt. Bei Opfern unter 16 Jahren ist die Verfolgung der Tat mindestens bis zum vollendeten 25. Lebensjahr möglich. Die Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf Genitaloperationen von Intersex-Personen wird in der Lehre teilweise diskutiert²¹⁰, wobei allerdings jeweils angemerkt wird, dass sich die Strafnorm ausdrücklich eben nur auf die Verstümmelung weiblicher Genitalien bezieht und damit Intersex-Personen ausschliesst. Im Rahmen der Vernehmlassung hatten Amnesty International²¹¹ und Terre des Femmes Schweiz (TdF)²¹² gefordert, dass auch die geschlechtsangleichenden Operationen in das Verbot der Genitalverstümmelung miteinbezogen werden. Der Einwand wurde aber in den Verhandlungen nicht beachtet.²¹³ Auf Bundesgerichtsebene ist bisher kein Fall in Anwendung von Art. 124 StGB entschieden worden.

Gemäss Art. 2 des Sterilisationsgesetzes²¹⁴ ist die Sterilisation ein medizinischer Eingriff, mit dem die Fortpflanzungsfähigkeit einer Person auf Dauer aufgehoben wird. Sterilisation ist an unter 16-jährigen Menschen generell verboten und im Alter zwischen 16 und 18 nur ausnahmsweise möglich. Heileingriffe, deren unvermeidliche Begleiterscheinung die Aufhebung der Fortpflanzungsfähigkeit ist, gelten nicht als Sterilisation. Im Rahmen einer geschlechtsbestimmenden Operation eines Intersex-Kindes werden oft die Keimdrüsen entfernt, die nicht zum angestrebten Geschlecht passen (d.h. Eierstöcke oder Hoden). Damit muss von einer Kastration gesprochen werden, welche durch das Sterilisationsgesetz auch, allerdings implizit, umfasst wird.²¹⁵ Wird davon ausgegangen, dass es sich bei der operativen Geschlechtsbestimmung ohne dringende medizinische Indikation nicht um einen Heileingriff handelt, muss die Operation gemäss dem Sterilisationsgesetz unzulässig sein. Durch das Scheitern der parlamentarischen Initiative von Margrit von Felten (Bundesgesetz über die Entschädigung der Opfer von Zwangssterilisationen), besteht heute keine Möglichkeit für Opfer, eine Genugtuung zu erhalten.²¹⁶

²⁰⁸ CHRISTENSEN, Rn. 65 ff.; STUDER/COPUR, Selbstbestimmte Geschlechtsidentität, S. 68.

²⁰⁹ In Kraft seit dem 01.07.2012.

²¹⁰ CHRISTENSEN, Rn. 67; STUDER/COPUR, Selbstbestimmte Geschlechtsidentität, S. 68; WERLEN, Kinderschutz, S. 1322 f.

²¹¹ http://www.humanrights.ch/upload/pdf/090504_PP_FGM.pdf. (besucht am 01.05.2014).

²¹² http://www.terre-des-femmes.ch/files/TERRE_DES_FEMMES_Schweiz_Stellungnahme_Vernehmlassung_FGM.pdf. (besucht am 01.05.2014).

²¹³ Bericht Vernehmlassungsverfahren Art. 124 StGB, S. 17.

²¹⁴ Bundesgesetz über Voraussetzungen und Verfahren bei Sterilisationen (Sterilisationsgesetz) vom 17.12.2004, SR 211.111.1.

²¹⁵ CHRISTENSEN, Rn. 69 mit Verweis auf die Botschaft Sterilisationsgesetz, S. 6328 und 6337.

²¹⁶ Siehe zum Ganzen: 99.451 – Parlamentarische Initiative Margrit von Felten, Zwangssterilisationen. Entschädigung für Opfer, vom 05.10.1999. In der Wintersession 2004 entschied der Nationalrat im Differenzbereinigungsverfahren, nicht auf das Geschäft einzutreten. Angedacht war eine einmalige Genugtuung von 5'000

Christensen geht davon aus, dass Intersex, wenn überhaupt als Krankheit, dann als geschlechtliche Behinderung zu qualifizieren wäre. Entsprechend wäre die UN-Behindertenkonvention anwendbar, welche die Sterilisation von Menschen mit Behinderung verbietet.²¹⁷

4. Verfahrensrecht

Die in Teilstudie 1 identifizierten bereichsübergreifenden Verfahrensgrundsätze kommen zur Anwendung. Diese sind jedoch in keinster Weise auf die besondere Situation von Intersex-Menschen abgestimmt. So gibt es keine besonderen Verjährungsfristen für Beschwerden aufgrund der fehlenden Einwilligung zur geschlechtsbestimmenden Operation, keine Beweislaste-leichterung, etc. Soweit ersichtlich, sind auf Bundesgerichtsebene bisher keine Urteile betreffend Intersex ergangen.

Die einschlägigen Kommentare befassen sich bisher nicht mit der Situation von Intersex-Menschen.

IV. SCHUTZ VOR DISKRIMINIERUNG WEGEN DER GESCHLECHTSIDENTITÄT: TRANSMENSCHEN

Zur Regelung der Belange von Transmenschen finden sich in der Schweiz keine expliziten gesetzlichen Vorgaben.

1. Bundesverfassung

Wie oben erwähnt, ist eine Diskriminierung gestützt auf die Geschlechtsidentität eines Transmenschen grundsätzlich gemäss Art. 8 Abs. 2 BV verboten. Von Relevanz sind ausserdem Art. 13 BV (informationelle Selbstbestimmung) und Art. 10 Abs. 2 BV. Ein Zwangsouting kann einen Eingriff in die persönliche Freiheit und Privatsphäre (Art. 10 Abs. 2 BV, Art. 13 BV) einer Person darstellen, da jeder Mensch selber entscheiden darf, wem er seine Geschlechtsidentität (oder auch sexuelle Orientierung) offenbart.²¹⁸ Soweit ersichtlich, gibt es keine publizierte bundesgerichtliche Rechtsprechung zum verfassungsrechtlichen Diskriminierungsschutz von Transmenschen.

2. Gleichstellungsgesetz

Noch nicht abschliessend geäussert hat sich die Praxis zur Frage, wie weit sich Trans*Personen im Falle von Diskriminierung im Erwerbsleben auch auf das Gleichstellungsgesetz (GIG) und die darin vorgesehenen Verfahrenserleichterungen²¹⁹ berufen können. Soweit ersichtlich, bejaht die Lehre die Anwendung von Art. 3 GIG.²²⁰ Von der Lehre wohl noch nicht separat behandelt wor-

CHF. Für eine Zusammenfassung des Geschäfts siehe http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/legislaturueckblick.aspx?rb_id=19990451. (besucht am 03.09.2014).

²¹⁷ Art. 17 und 23 UNO Behindertenrechtskonvention.

²¹⁸ ZIEGLER, AJP 2013, S. 651.

²¹⁹ Siehe dazu Teilstudie 2, Kap. IV.4.

²²⁰ FREIVOGL, S. 61 Rn. 17; UEBERSCHLAG, S. 16 f.; LEMPEN, Art. 3 Leg, S. 35; COSSALI, S. 26, sowie die Hinweise in der Botschaft Gleichstellungsgesetz, S. 1296 f.

den ist die Frage der Anwendbarkeit von Art. 4 GIG auf Transmenschen, die wegen ihrer Geschlechtsidentität sexuell belästigt werden.

Ueberschlag²²¹ geht davon aus, dass Transmenschen potenzieller Diskriminierung aufgrund ihres Geschlechts ausgesetzt sein können, wenn die Ungleichbehandlung durch eine Divergenz zum sozial erwarteten Erscheinungsbild oder Verhalten eines Menschen eines bestimmten Geschlechts ausgelöst wird. Der Schutz vor Diskriminierung muss laut Ueberschlag unabhängig davon sein, ob eine Geschlechtsanpassungsoperation erfolgt ist oder nicht. Ausschlaggebend ist damit rein die Tatsache, dass eine Trans*Person ihre Geschlechtsidentität nach aussen bemerkbar auslebt (z.B. eine Transfrau trägt weibliche Kleidung, eine Transfrau möchte mit weiblichem Vornamen angesprochen werden, ein Transmann möchte die Herrentoilette benutzen etc.) und damit eine geschlechtsbezogene Diskriminierung stattfindet. Ähnlich argumentiert LEMPEN und scheint die Anwendbarkeit auf Transmenschen zu bejahen, wenn die Ungleichbehandlung auf der Nonkonformität der betroffenen Trans*Person mit sozialen Geschlechternormen von Weiblichkeit und Männlichkeit beruht.²²²

Auch FREIVOGEL²²³ geht von der Anwendbarkeit des Gleichstellungsgesetzes aus, scheint dies jedoch an die Geschlechtsanpassung²²⁴ anzuknüpfen.

Waldmann merkt im Zusammenhang mit Transmenschen an, dass eine Kategorisierung aufgrund des Geschlechts vorliegt, wenn „eine Massnahme einen Menschen als Geschlechtswesen behandelt“. Für ihn gelten als geschlechtsbezogen damit nicht nur die Kategorien Mann und Frau, sondern eben auch Trans* (und im Übrigen auch Intersex-Menschen).²²⁵

Auf bundesgerichtlicher Ebene sind bisher jedoch keine hier relevanten Urteile ergangen. Bekannt sind zumindest eine Handvoll Entscheide von Schlichtungsbehörden bzw. erstinstanzlichen Gerichten, in welchen die Anwendung im Falle von Diskriminierung von Transmenschen stillschweigend bejaht wurde. Diese sind abrufbar auf der Seite www.gleichstellungsgesetz.ch. Eine Recherche auf der Seite www.leg.ch hat keine Fälle aus der französischen Schweiz in Bezug auf Transmenschen zu Tage gebracht.

Ausführungen dazu, ob und warum die Diskriminierung einer Person wegen der Geschlechtsidentität oder der Geschlechtsangleichung unter Art. 3 GIG zu subsumieren ist bzw. ob das Gleichstellungsgesetz überhaupt anwendbar ist, fehlen in den gefundenen Entscheiden jeweils. Ausserdem ist der Umgang mit den Verfahrenserleichterungen (namentlich der Beweiserleichterung) nicht ersichtlich. Es besteht daher im Zusammenhang mit der Anwendbarkeit des GIG wenig Rechtssicherheit für Transmenschen:

- Anstellungsdiskriminierung (Art. 3 Abs. 2 GIG): Im Jahr 2007²²⁶ gelangte eine Transfrau an die Schlichtungsstelle Zürich. Sie hatte sich als Gastromitarbeiterin in einem Betrieb beworben und erhielt nach der ersten Bewerbungsrunde eine Absage, obwohl sie als Favoritin in der engsten Wahl gestanden habe. Begründet wird die Absage mit der Geschlechtsangleichung, welche die

²²¹ Er erachtet auch die Anwendbarkeit des Gleichstellungsgesetzes auf Intersex-Menschen für evident, da diese biologisch das „dritte Geschlecht“ bildeten und damit problemlos unter das Geschlechterdiskriminierungsverbot subsumierbar seien, siehe dazu UEBERSCHLAG, S. 16.

²²² LEMPEN, Art. 3 Leg, S. 36.

²²³ FREIVOGEL, S. 61 Rn. 17.

²²⁴ Sie spricht noch von „Geschlechtsumwandlung“.

²²⁵ WALDMANN, S. 608/609.

²²⁶ Schlichtungsstelle nach Gleichstellungsgesetz, Zürich, Verfahren 6/2007, abrufbar unter www.gleichstellungsgesetz.ch, Zürich Fall 165.

Bewerberin im vergangenen Jahr vornehmen liess. Ein klärendes Gespräch brachte zu Tage, dass die Vorgesetzte irrtümlich angenommen habe, dass die Bewerberin ein Transvestit sei; in diesem Fall hätte ihre Anstellung für die Vorgesetzte zu grosses Aufsehen bei den Medien erregt. Die Schlichtungsstelle erkannte genügend Anhaltspunkte dafür, dass die Geschlechtsangleichung der ausschlaggebende Grund für die Nichtanstellung gewesen war. Ob es allenfalls noch weitere Gründe gebe, sei nicht relevant. Damit liege ein Fall von Anstellungsdiskriminierung gemäss Art. 3 GIG vor. Die Parteien einigten sich auf einen Vergleich. Die Beschwerdeführerin erhielt eine Entschädigung von zwei Monatslöhnen.

- Diskriminierung (Art. 3 Abs. 1 GIG): Im Juni 2011²²⁷ hatte die Schlichtungsbehörde nach Gleichstellungsgesetz des Kantons Zürich das Begehren einer Transfrau, welche gegen ihren Arbeitgeber klagte, weil dieser ihr das Führen ihres neuen Namens untersagte, entgegengenommen und sich als zuständig erklärt. Das Verfahren wurde mit einem Vergleich abgeschlossen. Die Parteien verständigten sich darauf, gemeinsam an einer Teammediation teilzunehmen, um die anstehenden Konflikte aufzuarbeiten. Ausserdem wurde festgehalten, dass „die Gesuchstellerin den weiblichen Vornamen überall dort verwenden darf, wo nicht aus juristischen Gründen (so bei offiziellen Dokumenten) die Unterzeichnung mit dem eingetragenen Namen erforderlich ist. Dort soll die Initiale für den Vornamen verwendet werden dürfen.“
- Diskriminierung (Art. 3 Abs. 1 GIG) und diskriminierende Kündigung (Art. 3 Abs. 2 GIG): Ebenfalls im Juni 2011²²⁸ befasste sich die Schlichtungsstelle des Kantons Bern mit der Beschwerde einer Transfrau. Die Beschwerdeführerin hatte als Apothekerin eines Spitals gearbeitet und während ihrer Transition zur Frau die Kündigung erhalten. Ihre Vorgesetzte (die Chefapothekerin des Spitals) teilte darauf hin allen Spitalapotheken der ganzen Schweiz per Mail mit, dass sich die Gesuchstellerin in Transition zur Frau befinde. Daraufhin gelangte die Gesuchstellerin an die Schlichtungsstelle und brachte vor, dass die Kündigung wegen der Transition und damit diskriminierend im Sinne von Art. 3 Gleichstellungsgesetz erfolgt sei. Sie verlangte eine Entschädigung. Die Parteien einigten sich auf einen Vergleich und die Gesuchstellerin erhielt eine Genugtuung von CHF 30'000, ein angemessenes Arbeitszeugnis sowie ein Entschuldigungsschreiben.
- Diskriminierung (Art. 3 Abs. 1 GIG) und diskriminierende Kündigung (Art. 3 Abs. 2 GIG): Ein Fall aus dem Kanton Thurgau wurde 2010 vor dem Bezirksgericht Bischofszell²²⁹ entschieden. Eine Maschinenführerin wurde nach ihrem Coming-Out als Transfrau von ihrer Arbeitgeberin diskriminiert. Ihre Transidentität wurde nicht anerkannt, so dass sie weder die Damentoilette benutzen durfte, noch mit ihrem neuen, weiblichen Vornamen angesprochen wurde. Als sie sich über die schwierigen Arbeitsumstände beschwerte, erhielt sie die Kündigung. Daraufhin machte sie bei der Schlichtungsbehörde diskriminierende Kündigung gemäss Art. 3 Abs. 3 Gleichstellungsgesetz geltend und forderte Entschädigung gemäss Art. 10 Abs. 2 Gleichstellungsgesetz und Genugtuung gemäss Art. 5 Abs. 5 Gleichstellungsgesetz. Die ehemalige Arbeitgeberin bestritt die Vorwürfe vollumfänglich und gab an, nicht die Transidentität sei Grund für die Kündi-

²²⁷ Schlichtungsstelle nach Gleichstellungsgesetz, Zürich, Verfahren 5/2011, abrufbar auf www.gleichstellungsgesetz.ch, Zürich Fall 226.

²²⁸ Schlichtungsstelle nach Gleichstellungsgesetz, Bern, Vergleich vom 28.06.2011, abrufbar unter: www.gleichstellungsgesetz.ch, Bern Fall 83.

²²⁹ Entscheid des Bezirksgerichts Bischofszell, Thurgau, vom 12. November 2010 in Sachen G § 22, abrufbar auf www.gleichstellungsgesetz.ch, Thurgau Fall 17.

gung gewesen, sondern schlechte Arbeitsleistungen. Die Schlichtungsbehörde ging ohne nähere Erklärungen von der Anwendbarkeit des Gleichstellungsgesetzes auf den Fall aus, erzielte aber keine Einigung. Vor dem Bezirksgericht einigten sich die Parteien auf einen Vergleich und die Klägerin erhielt CHF 23'000. Die Beklagte bestritt vor Bezirksgericht, dass das Gleichstellungsgesetz auf den Fall anwendbar sei. Soweit ersichtlich, ging das Bezirksgericht auf diesen Einwand nicht ein und wandte das GIG ohne weitere Ausführungen an.

- Diskriminierende Kündigung (Art. 3 Abs. 2 GIG): Im September 2012 hatte die Schlichtungsstelle des Kantons Aargau die Beschwerde eines Transmannes zu behandeln. Der Beschwerdeführer hatte 2010 seine erste geschlechtsanpassende Operation durchführen lassen. Es folgten weitere Operationen, in deren Folge er mehrere Male krankheitsbedingt von seinem Arbeitsplatz in der Industrie abwesend sein musste. Daraufhin wurde ihm gekündigt. Vor der Schlichtungsstelle forderte er die Feststellung der diskriminierenden Kündigung aufgrund der Transidentität nach Art. 3 Abs. 2 Gleichstellungsgesetz. Die Schlichtungsstelle kam zum Schluss, dass die Kündigung wegen Abwesenheiten erfolgt ist, welche der Beschwerdeführer als Folge seiner Geschlechtsangleichung generierte. Dies sei gleich zu beurteilen, wie wenn die Kündigung wegen der Geschlechtsangleichung selbst erfolgt wäre. Aus diesem Grund lag für die Schlichtungsstelle eine diskriminierende Kündigung nach Gleichstellungsgesetz vor. Eine Einigung zwischen den Parteien konnte jedoch nicht erzielt werden.²³⁰

Obwohl sich die Lehre einig über die Anwendbarkeit des GIG (zumindest Art. 3) ist, lässt die geringe Zahl von Urteilen vermuten, dass die zuständigen Behörden und Rechtsvertretungen zu wenig auf die Möglichkeit der Anwendung des Gleichstellungsgesetzes bei Transmenschen sensibilisiert sind bzw. auf das Gleichstellungsgesetz allgemein.

3. Partnerschaftsgesetz

Bereits gemäss Art. 1 und 2 PartG steht die eingetragene Partnerschaft nur gleichgeschlechtlichen Paaren offen. Massgeblich für die Beurteilung der Gleichgeschlechtlichkeit der Partner ist alleine der Registereintrag.²³¹ Dies bedeutet, dass das PartG nur Anwendung findet für Paare, die zum Zeitpunkt der Eintragung gemäss Registereintrag offiziell gleichgeschlechtlich sind. Transmenschen, deren Geschlechtsidentität beispielsweise weiblich ist, die aber im Register (noch) als männlich gemäss Geburtsgeschlecht registriert sind, haben keinen Zugang zur gleichgeschlechtlichen Partnerschaft mit einer anderen Frau. Damit wird Transmenschen der Zugang zur eingetragenen Partnerschaft solange verwehrt, als sie das Verfahren zur (medizinischen und juristischen) Geschlechtsanpassung nicht durchlaufen haben.

In Zusammenhang mit dem Partnerschaftsgesetz ergingen auf Bundesgerichtsebene soweit ersichtlich bisher keine hier relevanten Urteile.²³²

²³⁰ Schlichtungsstelle für Gleichstellungsfragen, Aargau, Verfahren Nr. 12.01, abrufbar unter www.gleichstellungsgesetz.ch, Aargau Fall 39.

²³¹ BÜCHLER, Kommentar PartG, Art. 2 Rn. 3.

²³² Zum in dieser Studie nicht behandelten Themenkomplex Ehe und Trans* siehe BGE 119 II 264 und 97.3570 – Postulat Liberale Fraktion, Ehe und Geschlechtsumwandlung, vom 04.12.1997.

4. Schutz aus ZGB und OR

Hier sei auf die allgemeinen Grundlagen zum privatrechtlichen Diskriminierungsschutz, wie sie in Teilstudie 1 erarbeitet wurden, verwiesen.

Der Schutz der Persönlichkeit (Art. 28 ZGB) bezweckt, Menschen vor Ungleichbehandlungen zu schützen, die auf Anknüpfung an deren wesentlichen Werten, deren physischer, affektiver oder sozialer Persönlichkeit beruhen. Die sexuelle Integrität wird ebenfalls durch diese Bestimmungen geschützt. Im Vordergrund steht dabei die Selbstbestimmung über den eigenen Körper sowie das Schamgefühl, das auch durch Anzüglichkeiten und andere verbale Angriffe verletzt werden kann.²³³ Dazu müsste auch die Geschlechtsidentität gehören. Allerdings bestehen in diesem Zusammenhang noch keine Urteile des Bundesgerichts und die Lehre hat sich erst spärlich zum Thema geäußert. So erwähnen die einschlägigen Kommentare Transmenschen bzw. die Geschlechtsidentität nicht.²³⁴

In dem geringen Umfang der Rechtsprechung und der Literatur ist ein Problem für den Schutz vor Diskriminierung von Transmenschen zu sehen, da die konkrete Tragweite des Persönlichkeitsschutzes durch die Rechtsprechung konkretisiert und der gesellschaftlichen Wirklichkeit angepasst werden soll:

*Inhaltlich muss der Begriff in einem weiten Sinn verstanden werden. Er umschliesst alle physischen, psychischen, moralischen und sozialen Werte einer Person kraft ihrer Existenz zukommen. Daher lässt er sich auch nicht präzise abgrenzen. Es gehört weiterhin zu den Aufgaben des Richters, entsprechend der Entwicklung von neuen Gefahren und Schutzbedürfnissen, den Inhalt des Persönlichkeitsrechts festzulegen und auszubauen, wie dies übrigens schon heute der Fall ist.*²³⁵

Im Übrigen und soweit ersichtlich existieren:

- Keine publizierten Urteile des Bundesgerichts zu Art. 328 OR (Arbeitsrechtlicher Persönlichkeitsschutz) im Zusammenhang mit der Geschlechtsidentität. Keine Behandlung in den einschlägigen Kommentaren.²³⁶
- Keine publizierten Urteile des Bundesgerichts zu Art. 6 ArG (Arbeitsrechtlicher Persönlichkeitsschutz) im Zusammenhang mit der Geschlechtsidentität. Keine Behandlung in den einschlägigen Kommentaren.²³⁷
- Keine publizierten Urteile des Bundesgerichts zu Art. 336 OR (Missbräuchliche Kündigung eines Arbeitsverhältnisses) im Zusammenhang mit der Geschlechtsidentität. Keine Behandlung in den einschlägigen Kommentaren.²³⁸
- Keine publizierten Urteile des Bundesgerichts zu Art. 328b OR (Bearbeitung von Personendaten / Unzulässige Fragen im Bewerbungsgespräch) im Zusammenhang mit der Geschlechtsidentität. Keine Behandlung in den einschlägigen Kommentaren.²³⁹

²³³ AEBI-MÜLLER, Kommentar zu Art. 28 ZGB, Rn. 11.

²³⁴ MEILI, Kommentar zu Art. 28 ZGB; AEBI-MÜLLER, Kommentar zu Art. 28 ZGB.

²³⁵ Botschaft Änderung ZGB, Persönlichkeitsschutz, S. 658.

²³⁶ Siehe etwa PORTMANN, Kommentar zu Art. 328 OR; DUNAND, Commentaire Art. 328 CO.

²³⁷ Siehe etwa MÜLLER, Kommentar zu Art. 6 ArG; SCHEIDEGGER / PITTELOUD, Commentaire Art. 6 LTr.

²³⁸ Siehe etwa PORTMANN, Kommentar zu Art. 336 OR; STAEHELIN, Kommentar zu Art. 336 OR.

²³⁹ Siehe etwa PORTMANN, Kommentar zu Art. 328b OR; DUNAND, Commentaire Art. 328b CO.

- Keine publizierten Urteile des Bundesgerichts zu Art. 271 OR (Kündigung eines Mietvertrags, die gegen Treu und Glauben verstösst) im Zusammenhang mit der Geschlechtsidentität. Keine Behandlung in den einschlägigen Kommentaren.²⁴⁰

4.1. Operative Geschlechtsanpassung

In der Schweiz müssen die Kosten für die medizinische Angleichung der primären und der sekundären Geschlechtsmerkmale grundsätzlich von der Grundversicherung der Krankenkasse übernommen werden. Allerdings muss die operationswillige Person mehrere psychiatrische Gutachten vorweisen können und die Diagnose „echte Transsexualität“ wird verlangt.²⁴¹ Im Juni 1994 entschied das Bundesgericht mit BGE 120 V 463 zum ersten Mal²⁴², dass zur Pflichtleistung der Krankenkassen nicht nur die Entfernung von Geschlechtsorganen, sondern auch Vorkehren der plastischen und Wiederherstellungs-Chirurgie, durch welche die betreffende Person mit neuen Geschlechtsorganen versehen wird, gehören. Sind die Voraussetzungen für einen chirurgischen Eingriff erfüllt, gehören die ergänzenden Massnahmen zur Veränderung der sekundären Geschlechtsmerkmale ebenfalls zu den Pflichtleistungen der Krankenkassen, sofern eine klare medizinische Indikation und die Wirtschaftlichkeit der Behandlung (damals noch Art. 23 KUVG, heute Art. 25 i.V.m. Art. 32 KVG) gegeben sind.

Im Zusammenhang mit den Voraussetzungen und dem Umfang der Leistungspflicht der Krankenkassen für operative Geschlechtsanpassung bei Transmenschen ergingen soweit ersichtlich bisher folgende Urteile des Bundesgerichts: BGE 105 V 180, BGE 114 V 153, BGE 114 V 162, BGE 120 V 463, BGE 137 I 86. Unpubliziert: K 46/05, Arrêt du 13 février 2006.

Schliesslich äussert sich ein Urteil zur Beteiligung der Krankenkasse an einer Perücke für eine Transfrau: 9C_550/2012, Urteil vom 13. Juli 2013.²⁴³

4.2. Zivilrechtliche Geschlechts- und Vornamensänderung

Die Geschlechtsanpassung wird in Art. 7 Abs. 2 lit. o Zivilstandsverordnung (ZStV) als Gegenstand, der bei der Beurkundung des Personenstands erfasst wird, erwähnt.²⁴⁴ Ein Verfahren zur Änderung des erfassten Registergeschlechts ist in der Rechtsordnung jedoch nicht ausdrücklich vorgesehen. Vielmehr müssen Geschlechtsänderungen mittels der durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung²⁴⁵ geschaffenen „zivilstandsrechtlichen Feststellungsklage sui generis“ vor den zuständigen erstinstanzlichen Kantonsgerichten bzw. der zuständigen Administrativbehörde²⁴⁶

²⁴⁰ Siehe etwa WEBER, Kommentar zu Art. 271 OR; DUCKSCH/DUBLER, Kommentar zu Art. 271 OR; HEINRICH, Kommentar zu Art. 271 und 271a OR.

²⁴¹ HAUPT, S. 7/8; Informationen zum Thema „Krankenkasse“, Transgender Network Switzerland, abrufbar unter: <http://www.transgender-network.ch/information/rechtliches/#Krankenkasse> (besucht am 14.04.2015).

²⁴² Anders noch in BGE 114 V 153, E. 4 und BGE 114 V 162.

²⁴³ Siehe dazu in SKMR Newsletter Nr.10 „Soziale Integration einer Transfrau nach Geschlechtsanpassungsoperation“, abrufbar unter: <http://www.skmr.ch/de/themenbereiche/geschlechterpolitik/artikel/ansprueche-transgenderfrau.html?zur=91>.

²⁴⁴ In Art. 40 Abs. 1 lit. j ZStV wird ausserdem die Geschlechtsänderung als Gegenstand der amtlichen Mitteilungspflicht aufgelistet; Art. 98 Abs. 1 lit. h legt zudem fest, dass Geschlechtsänderungen im Geburtsregister von Amtes wegen als Randanmerkung einzutragen sind.

²⁴⁵ BGE 119 II 264.

²⁴⁶ RECHER, Legal Report, S. 32.

eingeklagt werden.²⁴⁷ Auch die für eine registerrechtliche Geschlechtsänderung zu erfüllenden Voraussetzungen werden von den zuständigen Gerichten bzw. Behörden festgelegt und variieren damit stark von Kanton zu Kanton.²⁴⁸ Jedoch wurde und wird immer noch von den Klagenden in den meisten Kantonen– ohne entsprechende gesetzliche Grundlage – für eine Änderung des amtlichen Geschlechts ein „irreversibler Geschlechtswechsel“²⁴⁹ gefordert. Dies, da die Rechtssicherheit klare und eindeutige Verhältnisse gebietet. Damit muss sichergestellt werden, dass eine Transfrau, *„welche registerrechtlich als Frau geführt wird, als Mann kein Kind mehr zeugen kann, da ein solches Kind registerrechtlich zwei Mütter hätte.“*²⁵⁰ Das bedeutete bis vor kurzer Zeit in der Praxis konkret die Sterilisation.

Das Eidgenössische Amt für das Zivilstandswesen EAZW hat in einer Rechtsauskunft vom 1. Februar 2012²⁵¹ zuhanden der kantonalen Aufsichtsbehörden im Zivilstandswesen allerdings klargestellt, dass die Sterilisation und chirurgische Eingriffe nicht als Voraussetzungen einer Personenstandsänderung gefordert werden dürfen.²⁵²

Das EAZW hielt zudem fest, dass eine Ehescheidung oder Auflösung einer eingetragenen Partnerschaft nicht als Bedingung für die Eintragung einer Geschlechtsänderung gefordert werden und diese auch nicht zwangsweise durchgeführt werden dürfe. In diesem Zusammenhang stellte das EAZW klar, dass eine Umwandlung einer bestehenden Ehe in eine eingetragene Partnerschaft bzw. umgekehrt grundsätzlich möglich sei. Allerdings müsse dies durch ein (in- oder ausländisches) gerichtliches Urteil auf Antrag der beteiligten Personen erfolgen. Für eine automatische bzw. obligatorische Umwandlung nach Geschlechtsänderung gebe es keine gesetzlichen Grundlagen. Folglich ist es möglich, dass nach erfolgter Geschlechtsänderung eine Ehe zwischen gleichgeschlechtlichen Paaren bestehen bleibt, ebenso wie eine eingetragene Partnerschaft zwischen gemischtgeschlechtlichen Paaren. Diese Tatsache widerspreche nicht dem ordre public der Schweiz.²⁵³ Aufgrund des bisher nicht klar geregelten Verfahrens der Anpassung des Geschlechtseintrags ergeben sich je nach Kanton jedoch unterschiedliche Voraussetzungen.²⁵⁴

Von der Änderung des Registergeschlechts ist die Änderung des eingetragenen Namens²⁵⁵ zu unterscheiden.²⁵⁶ Die Möglichkeit einer Änderung des Vornamens ist in Art. 30 ZGB ausdrücklich geregelt. Gemäss Art. 30 Abs. 1 ZGB kann „die Regierung des Wohnsitzkantons (...) einer Person die Änderung des Namens bewilligen, wenn achtenswerte Gründe vorliegen.“ Die für die Behandlung eines Gesuchs zuständige Behörde sowie die Voraussetzungen für die Namensänderung werden damit von den einzelnen kantonalen Regierungen festgelegt. So ging die Berner Polizei- und Militärdirektion (POM) 2011 davon aus, dass für eine Namensänderung neben dia-

²⁴⁷ EAZW, Rechtsauskunft Transsexualität, S. 5.

²⁴⁸ Für eine Übersicht siehe RECHER, Legal Report S. 33.

²⁴⁹ Siehe z.B. BGE 119 II 264, E. 6c und RECHER, Legal Report, S. 33.

²⁵⁰ Obergericht Zürich, Urteil vom 01.02.2011, NC090012/U, Erwägung 3.5.1.

²⁵¹ EAZW, Rechtsauskunft Transsexualität.

²⁵² Siehe dazu das Urteil des Obergerichts Zürich vom 01.02.2011, NC090012/U, Erwägung 4.3, insb. E. 4.3.4: Das Obergericht kam zum Schluss, dass für die Anpassung des Registergeschlechts die nicht-irreversible Zeugungsunfähigkeit genügt. Siehe ausserdem das Urteil aus dem Kanton Jura, Tribunal de Première Instance vom 03.09.2012, CIV/4020/2012/cs/csm, in dem eine Änderung des amtlichen Geschlechts ohne jeglichen Nachweis der Fortpflanzungsunfähigkeit gutgeheissen wurde.

²⁵³ EAZW Rechtsauskunft Transsexualität, S. 9 und 10.

²⁵⁴ Siehe dazu RECHER, Rechte von Transmenschen, S. 138 ff.

²⁵⁵ Art. 7 Abs. 2 lit. k ZStV.

²⁵⁶ Allerdings kann im Rahmen der Klage zur Feststellung der Änderung des Registergeschlechts gleichzeitig auch die Änderung des Vornamens beantragt werden. Siehe Art. 40 Abs. 1 lit. j ZStV.

gonstizierter „Transsexualität“ auch der dauerhafte Wechsel der Geschlechtsidentität vorausgesetzt werde. Nicht notwendig seien jedoch eine bestimmte Dauer der gelebten Transsexualität vor der Gesuchseinreichung sowie die Durchführung einer Hormonbehandlung.²⁵⁷

Mit der Einführung des neuen Namensrechts auf Bundesebene Anfang 2013 wurden die Voraussetzungen zur Namensänderung generell für alle Kantone gelockert. Während die Regierung des Wohnsitzkantons bisher einer Person die Änderung des Namens bewilligen konnte, wenn *wichtige* Gründe vorlagen, werden dafür in Art. 30 Abs. 1 ZGB neu nunmehr *achtenswerte* Gründe verlangt.

Im eben erwähnten Entscheid der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern berücksichtigte die POM diese Gesetzesänderung bereits und führte aus, dass sich der gesellschaftliche Wandel hin zu einer liberalen Namensänderungspraxis nun auch gesetzgeberisch niedergeschlagen habe.²⁵⁸ Entsprechend zukunftsorientiert erwog die POM 2011, als für eine Namensänderung noch wichtige Gründe geltend gemacht werden mussten, *„dass die privaten Interessen des Beschwerdeführers an der Änderung des Vornamens und an einer stabilen Geschlechtsidentität gegenüber dem öffentlichen Interesse an der Unveränderlichkeit des Vornamens und dem Interesse an der Kongruenz zwischen registriertem Geschlecht und registriertem Vornamen überwiegen“*²⁵⁹ und sah damit ein wichtiger Grund im Sinne von Art. 30 Abs. 1 ZGB als gegeben an.

Neben der Änderung der Rechtslage lockert sich entsprechend auch die Praxis der zuständigen kantonalen Behörden im Zusammenhang mit Vornamensänderungen bei Transmenschen.²⁶⁰ Eine Erleichterung der Namensänderung sollte sich damit auch für die Personen ergeben, die ihren Vornamen ihrem gelebten Geschlecht anpassen wollen.

Im Zusammenhang mit der Änderung der Eintragung im Zivilstandsregister ergingen auf Bundesgerichtsebene bisher folgende Urteile:

- BGE 92 II 128 (Änderung des Registergeschlechts nicht möglich).
- BGE 119 II 264 (Nichtanerkennung einer Ehe unter gleichgeschlechtlichen Personen und Verfahren für den rechtlichen Nachvollzug der medizinisch durchgeführten Geschlechtsumwandlung).
- 5A_165_2009 (Zivilrecht, Änderung Vorname vor Geschlechtsangleichungsoperation. Nichteintreten).
- Im Übrigen erging im Jahr 1989 mit BGE 115 IV 219 ein Urteil gegen einen Transmann, der eine sexuelle Beziehung mit einem 17/18-jährigen Mädchen unterhielt. Das Bundesgericht führte aus, dass die unzünftigen Handlungen des Transmannes mit dem Mädchen im Sinne des Strafrechts als widernatürliche homosexuelle Handlungen einzustufen sind.

²⁵⁷ Entscheid der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern vom 13.10.2011, BC 138/11; siehe dazu FamPra 2012, S. 140.

²⁵⁸ Entscheid der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern vom 13.10.2011, BC 138/11, E. 4 i; siehe dazu FamPra 2012, S. 149.

²⁵⁹ Entscheid der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern vom 13.10.2011, BC 138/11, E. 5; siehe dazu FamPra 2012, S. 149.

²⁶⁰ Siehe dazu MONTINI, „Aspects juridiques du transsexualisme - Le point de la situation“, Vortrag vom 06.12.2013.

5. Richtlinien zum Umgang mit Transmenschen

Aus medizinischer Sicht sind die Standards of Care for the Health of Transsexual, Transgender, and Gender-Nonconforming People (SoC)²⁶¹ der World Professional Association for Transgender Health (WPATH) in der aktuellen 7. Version (2011) massgebend. Die SoC geben eine Orientierung hinsichtlich psychotherapeutischer und medizinischer Beratung und Therapie bei jedem Transitionsschritt.

In der Schweiz hat das Schweizerische Medizinforum Anfang des Jahres 2014 „Beratungs- und Behandlungsempfehlungen bei TransPersonen“ publiziert, welche ausdrücklich darauf hinweisen, dass „die Trans-Bevölkerung medizinisch und therapeutisch unterversorgt ist.“²⁶² Gleiches kann nach dem hier gemachten Ausführungen auch für die juristische „Versorgung“ gesagt werden.

Die Universitäten Zürich²⁶³ und Luzern²⁶⁴ verfügen über Richtlinien betreffend den Umgang mit Trans*Studierenden.

6. Verfahrensrecht

In verfahrensrechtlicher Hinsicht muss hier auf die allgemeinen Regeln, wie sie in Teilstudie 1 erarbeitet wurden, verwiesen werden. Im Zusammenhang mit dem Erwerbsleben muss allerdings bemerkt werden, dass die durch das Gleichstellungsgesetz gewährten Verfahrenserleichterungen (siehe dazu Teilstudie 2) Anwendung finden. Entsprechende Urteile auf Bundesgerichtsebene liegen bisher noch nicht vor, verwiesen sei damit lediglich auf die oben besprochenen Fälle.

V. SCHUTZ VOR DISKRIMINIERUNG WEGEN DER SEXUELLEN ORIENTIERUNG: LESBISCHE, SCHWULE UND BISEXUELLE MENSCHEN

1. Bundesverfassung

Gestützt auf Art. 8 Abs. 2 BV sind Diskriminierungen aufgrund der sexuellen Orientierung nicht zulässig. Die publizierte Rechtsprechung²⁶⁵ des Bundesgerichts in Bezug auf die Diskriminierung homosexueller Menschen im Zusammenhang mit Art. 8 Abs. 2 BV ist, soweit ersichtlich, allerdings dürftig:

– In BGE 126 II 425 entschied das Bundesgericht (im Jahr 2000 bestand das PartG noch nicht) im Fall eines lesbischen Paares, dass gleichgeschlechtliche Partnerschaften kein Familienleben im Sinne von Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 Abs. 1 BV darstellen, die Verweigerung einer Aufenthaltsbewilligung jedoch das Recht der Partner auf Privatleben berührt. Damit sei das Er-

²⁶¹ SoC, abrufbar unter: http://www.wpath.org/site_page.cfm?pk_association_webpage_menu=1351&pk_association_webpage=4655.

²⁶² <http://www.medicalforum.ch/docs/smf/2014/19/de/smf-01919.pdf>.

²⁶³ Universität Zürich, "Richtlinien zur Verwendung der Vornamensinitiale und zur Neutralisierung von Geschlechtsmarkern bei Transgenderpersonen", vom 15.03.2013, abrufbar unter: http://www.rd.uzh.ch/rechtssammlung/richtlinien/Richtlinien_Transgenderpersonen.pdf.

²⁶⁴ Universität Luzern, „Richtlinien zur Änderung von Vorname und amtlichem Geschlecht bzw. Anrede (Frau/Herr) bei Transmenschen“, vom 03.09.2012, abrufbar unter: <http://www.unilu.ch/files/richtlinien-transmenschen-vom-01.08.2012.pdf>.

²⁶⁵ Urteile seit 1995.

messen der Bewilligungsbehörde gemäss Art. 4 ANAG beschränkt. Dennoch könne angesichts der konkreten Umstände des Falles die Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung für die neuseeländische Partnerin einer Schweizerin gerechtfertigt werden.

- In BGE 140 II 33 spielte die sexuelle Orientierung der Beschwerdegegner nur eine nebensächliche Rolle. Ein homosexuelles Paar hatte sein Haus mit einer sehr üppigen Weihnachtsbeleuchtung geschmückt, gegen welche die Nachbarn Beschwerde wegen unzulässiger Lichtimmission gemäss dem Umweltschutzgesetz erhoben. Unter anderem brachte das Paar vor, dass die Lichtinstallation nur ein Vorwand sei; tatsächlich würden sich die Beschwerdegegner an ihrer Lebensform als "schwules Paar" in eingetragener Lebensgemeinschaft stören. Es liege auch eine Verletzung von Art. 8 Abs. 2 BV vor. Das Bundesgericht ging auf den Einwand jedoch nicht ein.

2. Partnerschaftsgesetz

Zur Umsetzung des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbotes wurde 2004 das PartG geschaffen, welches gleichgeschlechtlichen Paaren erlaubt, ihre Partnerschaft beim Zivilstandsamt eintragen zu lassen. Damit wird eine Lebensgemeinschaft begründet mit gegenseitigen Rechten und Pflichten ähnlich der Ehe. Das Gesetz wurde mit Volksabstimmung vom 5. Juni 2005 mit 58% Ja-Stimmen angenommen und trat am 1. Januar 2007 in Kraft. Laut der Botschaft wurde von der „Schaffung dieser neuen rechtlichen Regelung ein wesentlicher Beitrag zur Beendigung von Diskriminierungen sowie zum Abbau von Animositäten und Vorurteilen gegenüber der Gleichgeschlechtlichkeit in der Bevölkerung“, der Abbau von rechtlichen Ungleichheiten, „namentlich hinsichtlich der erbrechtlichen, ausländerrechtlichen und sozialversicherungsrechtlichen Konsequenzen“ sowie um die „Anerkennung von Leistungen gegenseitiger Fürsorge und Vorsorge“ erwartet.²⁶⁶

Insbesondere in Bezug auf Steuern,²⁶⁷ Erbrecht,²⁶⁸ Sozialversicherungen und berufliche Vorsorge²⁶⁹ sowie bei bi-nationalen Partnerschaften in Bezug auf die ausländerrechtlichen Regeln²⁷⁰ ist die Partnerschaft der Ehe gleichgestellt.²⁷¹ Auch im Zusammenhang mit Gewalt in der Partnerschaft sowie Mehrfachehe/Mehrfachpartnerschaft gelten dieselben Regeln für Ehe und Partnerschaft.²⁷²

²⁶⁶ Botschaft PartG, S. 1291.

²⁶⁷ Bundesgesetz vom 14.12.1990 über die direkte Bundessteuer (DBG; SR 642.11), Art. 9, 12, 109; Bundesgesetz vom 14.12.1990 über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG; SR 642.14), Art. 3.

²⁶⁸ Art. 462, 470, 471, 612a ZGB.

²⁶⁹ Siehe z.B. Bundesgesetz vom 06.10.2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1), Art. 13a; Bundesgesetz vom 25.06.1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG; SR 831.40), Art. 19a, 30c, 37, 79b; Freizügigkeitsgesetz vom 17.12.1993 (FZG; SR 831.42), Art. 5, 22d, 24.

²⁷⁰ Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16.12.2005 (AuG; SR 142.20), Art. 52, 88a. Siehe dazu BGer-E 2C_756/2009 vom 15.12.2009, E. 2.3.2: „Als geschützte Familienbeziehung gelten für das Aufenthaltsrecht grundsätzlich nur rechtlich anerkannte Beziehungen (Ehe, eingetragene Partnerschaft); dementsprechend besteht für ein ausländisches, nicht zusammenlebendes verlobtes Paar kein Anspruch auf die Erteilung einer Einreise- bzw. Aufenthaltsbewilligung, um hier ein im Sinne von Art. 8 EMRK relevantes Ehe- und Familienleben erst vorzubereiten.“

²⁷¹ Siehe dazu BGer-E 2A.66/2007/ble vom 12.06.2007 (Scheinpartnerschaft).

²⁷² Siehe StGB, Art. 55a, 110, 123, 126, 180, 181a, 187, 188, 192, 193.

Seit der Einführung des neuen Namensrechts am 1. Januar 2013 haben auch Personen in eingetragener Partnerschaft die Möglichkeit, einen der beiden Ledignamen als gemeinsamen Namen zu wählen. Aber auch der jeweils eigene Name kann behalten werden (Art. 12a PartG). Vor 2013 hatte die eingetragene Partnerschaft keine Auswirkung auf das Namensrecht.²⁷³

Trotz der Einführung der eingetragenen Partnerschaft bestehen aber weiterhin Benachteiligungen für homosexuelle Paare im Verhältnis zu heterosexuellen Paaren.

So ist die Adoption sowie die Inanspruchnahme von fortpflanzungsmedizinischen Verfahren (Art. 28 PartG) bisher verboten. Das Adoptionsverbot hatte in der Vernehmlassung breite Zustimmung gefunden²⁷⁴ und wurde mit der „von der Natur vorgegebenen Ordnung, dass jedes Kind einen Vater und eine Mutter hat, die für die Entwicklung des Kindes ihre spezifische Bedeutung haben“,²⁷⁵ begründet. Der Bundesrat vertrat die Ansicht, dass die Adoption eines Kindes durch ein gleichgeschlechtliches Paar das Prinzip des Kindeswohls durchbrechen würde. Eine Situation, in der ein Kind zwei rechtliche Mütter oder Väter hat, widerspräche dem natürlichen Kindesverhältnis. Damit werde das Kind in eine Ausnahmesituation gebracht, „die sich auf jeden Fall in der heutigen Gesellschaft nicht rechtfertigen liesse.“²⁷⁶ Diese Argumentation mutet seltsam an, auch vor dem Hintergrund, dass in der Schweiz schätzungsweise 25'000 Kinder in Haushalten mit gleichgeschlechtlichen Eltern aufwachsen²⁷⁷ und führt dazu, dass diese Familien von der schweizerischen Rechtsordnung übersehen werden.²⁷⁸

In diesem Zusammenhang sei auf ein Urteil des Bundesgerichts vom 24. September 2012²⁷⁹ verwiesen. Ein brasilianisch-schweizerisches, gleichgeschlechtliches Paar ersuchte um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz für den 10-jährigen Neffen des einen Partners. Das Bundesgericht erwog, unter anderem, dass die geplante Adoption des Neffen in Brasilien keine Rechtswirkung in der Schweiz entfalten könne. Ausserdem sei eine Adoption für eingetragene Partner in der Schweiz nicht erlaubt. Die Eintragung der Partnerschaft war in diesem Fall damit im Hinblick auf den Nachweis eines gelebten Familienlebens sinnlos und unter Umständen sogar kontraproduktiv.²⁸⁰

Zum Zeitpunkt des Verfassens²⁸¹ dieser Studie ist eingetragenen Partnern/Partnerinnen auch die Stiefkindadoption²⁸² noch nicht möglich. Die Aufhebung des Verbots der Stiefkindadoption wurde

²⁷³ Botschaft PartG, S. 1313 ff.

²⁷⁴ Botschaft PartG, S. 1345.

²⁷⁵ Botschaft PartG, S. 1320.

²⁷⁶ Botschaft PartG, S. 1320.

²⁷⁷ NGO Schattenbericht zum Staatenbericht der Schweiz zur CEDAW, 2009, S. 2. Siehe zum Thema auch SCHWENZER, Kommentar zu Art. 302 ZGB: „Leben in nichtehelicher Gemeinschaft oder Homosexualität als solche können heute nicht mehr per se als mit dem sittlichen Wohl des Kindes unvereinbar angesehen werden“. (Art. 302, Rn. 6).

²⁷⁸ Im Übrigen führte der Bundesrat an, dass die Mehrheit der in der Schweiz adoptierten Kinder aus „Drittwellstaaten“ kämen, deren Rechtssysteme eine eingetragene Partnerschaft sowieso nicht kennen und die damit auch nicht in eine Adotion durch ein gleichgeschlechtliches schweizer Paar einwilligen würden. Gleichgeschlechtliche Paare kämen mit anderen Worten auch wenn die rechtliche Möglichkeit in der Schweiz bestünde, via Adoption sowieso nicht an ein Kind (Botschaft PartG, S. 1320).

²⁷⁹ BGer-E 2C_56/2012 vom 24.09.2012.

²⁸⁰ Siehe dazu BGer-E 2C_213/2010 vom 11.10.2010. Das Bundesgericht hatte 2010 das Gesuch des Onkels bereits negativ beurteilt, damals befand sich dieser aber noch nicht in einer eingetragenen Partnerschaft. Wohlmöglich entschied er sich für die Eintragung, um die Voraussetzung des Familienlebens zu erfüllen.

²⁸¹ April 2015.

²⁸² Siehe Art. 264a ZGB, wonach lediglich verheirateten Paaren die Stiefkindadoption erlaubt ist. Siehe dazu auch das Urteil des Bundesgerichts 137 III 241 vom 05.05.2011, in welchem das Adoptionsverbot vom Bun-

allerdings im Parlament diskutiert und eine entsprechende Motion von beiden Räten angenommen.²⁸³ Im November 2013 hatte der Bundesrat diese Vorschläge in die Vernehmlassung geschickt²⁸⁴ und am 28. November 2014 verabschiedete die Botschaft zur Revision des Adoptionsrechts.²⁸⁵ Gemäss Art. 264c Abs. 1 Ziff. 2 des ZGB-Entwurfes „darf eine Person das Kind adoptieren, mit dessen Mutter oder Vater sie in eingetragener Partnerschaft lebt.“²⁸⁶

Hier sei noch kurz auf BGE 137 III 241 verwiesen: Dabei ging es um ein lesbisches eingetragenes Paar. Die Beschwerdeführerin wollte nach drei Jahren eingetragener Partnerschaft die Tochter ihrer Partnerin adoptieren. Da dies laut Art. 28 PartG nicht möglich war, machte sie Diskriminierung geltend, da die Stiefkindadoption verheirateten (und damit per se nur heterosexuellen) Paaren offen steht. Allerdings ging das Bundesgericht auf die Frage der Diskriminierung nicht ein, da die Stiefkindadoption heterosexuellen Paaren erst nach fünf Jahren offen steht und sich die Paare damit nach drei Jahren eingetragener Partnerschaft bzw. Ehe in der gleichen Situation befanden.

Das Partnerschaftsgesetz hat im Weiteren keinen Einfluss auf das Bürgerrecht eines ausländischen Partners oder einer Partnerin, wodurch eine weitere Benachteiligung gegenüber verheirateten Paaren entsteht. Das Bürgerrechtsgesetz schliesst nämlich gleichgeschlechtliche Partner und Partnerinnen von der Möglichkeit der erleichterten Einbürgerung aus.²⁸⁷ Als einziges „Zugeständnis“ ist seit 2007 ein reduziertes Wohnsitzerfordernis vorgesehen.²⁸⁸ Im März 2015 hat die Staatspolitische Kommission des Nationalrates jedoch eine Vorlage zur Gleichstellung ausländischer Personen in einer eingetragenen Partnerschaft gegenüber ausländischen Ehepartnerinnen und Ehepartnern beim Erwerb des Schweizer Bürgerrechts in die Vernehmlassung geschickt.²⁸⁹ Durch eine Änderung der Bundesverfassung soll dem Bund die Kompetenz zugewiesen werden, nebst der Einbürgerung infolge Abstammung, Heirat und Adoption auch den Erwerb und Verlust der Bürgerrechte kraft der Eintragung einer Partnerschaft einheitlich zu regeln. Parallel dazu soll das Bürgerrechtsgesetz so geändert werden, dass die Bestimmungen für die erleichterte Einbürgerung fortan auch auf ausländische Personen in einer eingetragenen Partnerschaft mit Schweizer Staatsangehörigen anwendbar sind.²⁹⁰

desgericht bestätigt worden ist. Siehe dazu ausserdem das Urteil des EGMR in Sachen Emonet and Others v. Schweiz, Application Nr. 39051/03 vom 13.12.2007.

²⁸³ Motion 11.4046. Adoptionsrecht, Gleiche Chancen für alle Familien vom 15.11.2011.

²⁸⁴ Siehe zum Stand des Geschäfts auf der Website des Parlaments unter www.parlament.ch und die Pressemitteilung zur Vernehmlassung unter <http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/dokumentation/mi/2013/2013-11-292.html> (besucht am 22.05.2014).

²⁸⁵ Botschaft zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (Adoption), BBl 2015 877.

²⁸⁶ Entwurf Änderung ZGB, BBl 2015 949.

²⁸⁷ Art. 27 Bundesgesetz vom 29.09.1952 über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts (BüG; SR 141.0).

²⁸⁸ Art. 15 Abs. 3, 4 und 5 BüG. Für die eingetragene Partnerin einer Schweizer Bürgerin oder den eingetragenen Partner eines Schweizer Bürgers genügt ein Wohnsitz von insgesamt fünf Jahren in der Schweiz, wovon ein Jahr unmittelbar vor der Gesuchstellung, sofern sie oder er seit drei Jahren in eingetragener Partnerschaft mit der Schweizer Bürgerin oder dem Schweizer Bürger lebt. Für die eingetragene Partnerschaft zwischen ausländischen Staatsangehörigen gelten sinngemäss die gleichen Bestimmungen wie für Ehegatten. Im Übrigen sind die Erfordernisse der ordentlichen Einbürgerung anwendbar.

²⁸⁹ Siehe Laufende Vernehmlassungen, „Gleichstellung der eingetragenen Partnerschaft und der Ehe im Einbürgerungsverfahren“, <http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/pending.html>. Die Vernehmlassungsfrist läuft bis zum 06.07.2015.

²⁹⁰ Siehe dazu ZIEGLER, Jusletter 13.04.2015.

Im Jahr 2007 entschieden sich 2004 Paare für eine eingetragene Partnerschaft. Seitdem ist die Zahl deutlich gesunken, im Jahr 2014 liessen sich nur noch 713 Paare eintragen.²⁹¹ Ausserdem scheinen viele Paare auf die Eintragung zu verzichten, weil diese ihnen die Erfüllung eines Kinderwunsches nicht ermöglicht.²⁹² Ohne Eintragung der Partnerschaft steht homosexuellen Paaren zumindest die Möglichkeit der Einzeladoption noch offen, welche durch die Eintragung wegfällt.²⁹³ Diese Entwicklung kann wohl auch auf die Angst vor „Zwangsausings“ zurückgeführt werden. Mit der offiziellen Registrierung als eingetragene Partner bzw. Partnerin kann es zu ungewollten „Outings“ kommen, wenn das Paar z.B. einen gemeinsamen Namen gewählt hat. In diesem Fall würde beim Ausfüllen eines amtlichen Formulars oder Vertrags die eingetragene Partnerschaft offen gelegt.²⁹⁴ Zu denken ist auch an amtliche Formulare, in welchen z.B. der Zivilstand angegeben werden muss.

Im Gegensatz zur Partnerschaftsbegründung nimmt die Zahl der Auflösungen stetig zu: 2013 lösten 126 Paare ihre eingetragene Partnerschaft auf, 2012 waren es 104 Paare, 2011 waren es 91 Paare.²⁹⁵

Im Übrigen wurde durch das Partnerschaftsgesetz ein „Sonderstatus“ für gleichgeschlechtliche Paare geschaffen, welcher diese Paare dadurch weiterhin als „anders“ als heterosexuelle Paare definiert und damit zu einer erneuten Ausgrenzung führt. Für homosexuelle Paare scheinen damit die Nachteile einer eingetragenen Partnerschaft (Steuern, Zwangsausing, keine Kinder) den Vorteilen zu überwiegen.

Direkt auf das PartG gestützt ergingen auf bundesgerichtlicher Ebene soweit ersichtlich bisher nur wenige Urteile. Im Sinne dieser Studie von unmittelbarer Relevanz erscheinen bloss die beiden erstgenannten Urteile:

- Stiefkindadoption, BGE 137 III 241: Adoptionsverbot, Art. 28 PartG, siehe oben.
- Sozialversicherungsrecht, BGE 134 V 369: Hinterlassenenleistung und Freizügigkeitskonto. Eine Lebensgemeinschaft im Sinne von Art. 15 Abs. 1 lit. b Ziff. 2 FZV und Art. 20a Abs. 1 lit. a BVG können auch Personen gleichen Geschlechts bilden.
- Familiennachzug/Ausländerrechtliche Aufenthaltsbewilligung für Familienmitglieder eines gleichgeschlechtlichen bi-nationalen Paares, 2C_213/2010 vom 11. Oktober 2010, 2C_56/2012 vom 24. September 2012: Kein Familienleben nach 4 Jahren Zusammenleben des Neffen mit seinem Onkel und dessen Partner, da die Partner bloss im Konkubinat leben (2C_213/2010). Daraufhin liessen sich die Partner eintragen und gelangten erneut ans Bundesgericht. Dennoch entschied das Bundesgericht nochmals auf Ablehnung der Aufenthaltsbewilligung des Neffen wegen der fehlenden Schutzwürdigkeit des (nun zwar vorliegenden) Familienlebens.
- Aufenthaltsbewilligung/Scheinpartnerschaft: 5A_785/2009 vom 2. Februar 2010 (Weigerung des Zivilstandsbeamten eine offensichtliche Scheinpartnerschaft einzutragen gemäss Art. 6 Abs. 2 PartG); 2A.66/2007 vom 12. Juni 2007 (nur ein Jahr eingetragene Partnerschaft nicht genug).

²⁹¹ Dies sind allerdings mehr als noch 2013, als sich 693 Paare eintragen liessen: Bundesamt für Statistik, Eingetragene Partnerschaften und Auflösungen, abrufbar unter: <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/01/06/blank/key/07.html> (besucht am 14.04.2015).

²⁹² MONTINI, *Premières expériences LPart*, S. 2.

²⁹³ Siehe dazu BGer-E 2C_213/2010 vom 11.10.2010, E. 2.2.

²⁹⁴ <http://www.equalrights.ch/print.html/gleichstellung/namensrecht.html>.

²⁹⁵ Bundesamt für Statistik, Eingetragene Partnerschaften und Auflösungen, abrufbar unter: <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/01/06/blank/key/07.html> (besucht am 14.04.2015).

– Aufenthaltsbewilligung: 2C_669/2011 Urteil vom 3. November 2011 (Erlöschen der Aufenthaltsbewilligung nach Auflösung der eingetragenen Partnerschaft).

Im Übrigen entschied das Bundesgericht mit blosser Bezugnahme auf das PartG über einige Fälle bezüglich den zulässigen Ungleichbehandlungen von Konkubinatspartnern im Verhältnis zu Eheleuten und eingetragenen Partnern, und umgekehrt.²⁹⁶ Hierbei ging es hauptsächlich um Fragen der Arbeitslosenversicherung: BGE 140 I 77, BGE 140 V 50, BGE 137 V 105, BGE 137 V 133, BGE 135 III 59, 8C_900/2010 vom 20. April 2011.

3. Gleichstellungsgesetz

Art. 3 Gleichstellungsgesetz verbietet die direkte und indirekte Benachteiligung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern aufgrund ihres Geschlechts, namentlich nicht unter Berufung auf den Zivilstand, auf die familiäre Situation oder, bei Arbeitnehmerinnen, auf eine Schwangerschaft. Bisher nicht vollständig geklärt ist die Frage, ob damit auch der Schutz vor Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung umfasst ist. Die Botschaft zum Gleichstellungsgesetz erwähnt ausdrücklich, dass

„(die) Aufzählung von drei Kriterien in Artikel 3 (..) nicht abschliessenden Charakter (hat); als weiteres Beispiel könnte etwa die sexuelle Orientierung erwähnt werden, soweit diese geeignet ist, einen grösseren Anteil von Personen des einen Geschlechts zu benachteiligen.“²⁹⁷

Wichtig ist damit die Verknüpfung mit dem Geschlecht. Die Lehre²⁹⁸ ist sich jedoch nicht einig, ob und in welchen Fällen das Gleichstellungsgesetz bei Diskriminierungen aufgrund der sexuellen Orientierung anwendbar ist. Während Freivogel und Kaufmann die Anwendbarkeit wohl grosszügig bejahen, sind LEMPEN²⁹⁹, COSSALI und UEBERSCHLAG differenzierter und lehnen eine umfassende Anwendbarkeit ab. Begründet wird die Ablehnung mit der Überlegung, dass das Diskriminierungsmotiv in diesen Fällen nicht das Geschlecht des betroffenen Arbeitnehmenden, sondern das Geschlecht dessen/deren Partners/Partnerin ist.³⁰⁰ Homosexuelle Arbeitnehmende können sich somit nur dann auf Art. 3 GIG berufen, wenn sie aufgrund ihres Geschlechts diskriminiert werden (z.B. wenn der/die Arbeitgeber/in lesbische Arbeitnehmerinnen anders als schwule Arbeitnehmer behandelt). Ungleichbehandlung gestützt auf die sexuelle Orientierung alleine genügt damit nicht.³⁰¹ Auch Waldmann³⁰² weist darauf hin, dass die sexuelle Orientierung als Diskriminierungsmotiv vom Merkmal „Geschlecht“ unterschieden werden muss.

Einig scheint sich die Lehre³⁰³ jedoch insofern zu sein, als dass Art. 3 Gleichstellungsgesetz Anwendbarkeit findet, wenn die Diskriminierung in Form von unzulässiger Geschlechterrollenzuteilung

²⁹⁶ Siehe zu diesem Themenkomplex: SKMR Newsletter Nr. 11 „Eingetragene Partnerschaft muss auch gleichgeschlechtlichen Paaren offen stehen“, abrufbar unter: <http://www.skmr.ch/de/themenbereiche/geschlechterpolitik/artikel/eingetragene-partnerschaft.html>.

²⁹⁷ Botschaft Gleichstellungsgesetz, S. 1297.

²⁹⁸ Bejaht Anwendbarkeit: FREIVOGEL, S. 60 Rn. 17: „Es handelt sich eigentlich um unzulässige Geschlechterrollenzuteilung.“ und S. 65 Rn. 24; KAUFMANN, S. 138/139 Rn. 58/59. Anderer Meinung LEMPEN, Art. 3 LEg, S. 35/36; COSSALI SAUVAIN, S. 26; UEBERSCHLAG, S. 20.

²⁹⁹ LEMPEN, Art. 3 LEg, S. 35.

³⁰⁰ UEBERSCHLAG, S. 19.

³⁰¹ COSSALI SAUVAIN, S. 26; LEMPEN, Art. 3 LEg, S. 36.

³⁰² WALDMANN, S. 609.

³⁰³ FREIVOGEL, S. 60 Rn. 17: „Es handelt sich eigentlich um unzulässige Geschlechterrollenzuteilung.“; LEMPEN, Art. 3 LEg, S. 36.

lung erfolgt, wenn also ein/e homosexuelle/r Arbeitnehmer/in sich nicht entsprechend der geschlechterstereotypen Vorstellung der Arbeitgeberin oder des Arbeitgebers (bzw. der schweizerischen Gesellschaft) verhält und deshalb diskriminiert wird:

*„lorsqu’une personne homosexuelle est discriminée, sur le plan professionnel, parce qu’elle ne se comporte pas conformément à ce qui est attendu d’une personne de son sexe“.*³⁰⁴

In allen anderen Fällen sind Arbeitnehmende, die alleine wegen ihrer sexuellen Orientierung diskriminiert werden, auf die allgemeinen Regelungen zum Schutz vor Ungleichbehandlung verwiesen und sind nicht von der Spezialgesetzgebung des Gleichstellungsgesetzes geschützt.

Auch in Bezug auf die in Art. 4 Gleichstellungsgesetz geregelte sexuelle Belästigung scheint sich die Lehre einig, dass Arbeitnehmende vor heterosexueller und homosexueller Belästigung geschützt werden.³⁰⁵ Je nach Autor/in variiert jedoch die Breite des Anwendungsbereiches deutlich. Kaufmann geht davon aus, dass sämtliche Fälle heterosexueller wie auch homosexueller Belästigungen in den Geltungsbereich von Art. 4 GIG fallen müssen. Sie begründet dies einerseits mit der bereits bei Art. 3 GIG erwähnten Rollenzuteilung, welche sich im Rahmen der sexuellen Belästigung auf die traditionellen sexuellen Rollenbilder richtet. Andererseits kann die durch das Gleichstellungsgesetz angestrebte Verwirklichung von beruflicher Chancengleichheit von Frau und Mann nur erreicht werden, wenn alle Arbeitnehmenden vor sexueller Belästigung geschützt sind.³⁰⁶

LEMPEN³⁰⁷ geht davon aus, dass sexuelle Belästigung zwischen zwei Menschen gleichen Geschlechts in zwei Fällen unter Art. 4 GIG subsumiert werden kann: Die Anwendbarkeit sei denkbar einerseits bei gleichgeschlechtlicher sexueller Belästigung zum Erlangen eines Entgegenkommens sexueller Art. Dabei ist es unerheblich, ob die belästigte Person homosexuell ist oder nicht, jedoch muss die belästigende Person homosexuell sein. Andererseits kann sich auf Art. 4 GIG berufen, wer von einer gleichgeschlechtlichen hetero- oder homosexuellen Person sexuell belästigt wird, weil er/sie sich nicht so verhält, wie dies von einer Person seines/ihrer Geschlechts erwartet wird.³⁰⁸ Die sexuelle Orientierung beider involvierter Personen ist unerheblich. In beiden Konstellationen wird dabei wieder auf geschlechterstereotype Erwartungen und Geschlechterzugehörigkeit abgestellt.

Auf bundesgerichtlicher Ebene erging bisher keine entsprechende Entscheidung, welche die Anwendbarkeit des Gleichstellungsgesetzes diskutiert. Wie aus der Datenbank www.gleichstellungsgesetz.ch ersichtlich ist, hat die Schlichtungsbehörde des Kantons Zürich jedoch in einigen wenigen Fällen Diskriminierungen aufgrund der Homosexualität der Betroffenen in Anwendung des Gleichstellungsgesetzes festgestellt. So wurde in einem Fall aus dem Jahre 2002³⁰⁹ ein männlicher Stellenbewerber während dem Bewerbungsgespräch gefragt, ob er homosexuell sei. Als er bejahte, stockten die bis dahin gut verlaufenden Verhandlungen und der

³⁰⁴ LEMPEN, Art. 3 LEg, S. 36.

³⁰⁵ STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, S. 511; Siehe dazu auch das Eidgenössische Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann EBG: „Die sexuelle Belästigung ist durch das Gleichstellungsgesetz verboten, selbst wenn sie von einer Person des gleichen Geschlechts ausgeht (Art. 4 GIG).“, abrufbar unter: http://www.ebg.admin.ch/faq/00145/index.html?lang=de#sprungmarke0_77 (zuletzt besucht am 25.08.2014).

³⁰⁶ KAUFMANN, S. 138/139.

³⁰⁷ LEMPEN, Art. 4 LEg, S. 111/112.

³⁰⁸ LEMPEN erwähnt hier das Beispiel eines Lehrlings, welcher sich gegen pornografische Kalender in seiner Werkstatt wehrt und damit die in einer Werkstatt erwartete männliche Norm in Frage stellt.

³⁰⁹ Schlichtungsstelle nach Gleichstellungsgesetz, Geschäft Nr. 2002/1, abrufbar auf www.gleichstellungsgesetz.ch, Zürich Fall 71.

Bewerber erhielt schliesslich eine Absage. Die Schlichtungsstelle erwog, allerdings ohne vertiefte Ausführungen, dass die Frage nach der sexuellen Orientierung im Bewerbungsgespräch unzulässig und diskriminierend im Sinne von Art. 3 GIG sei. In einem Fall aus dem Jahr 2010³¹⁰ gelangte ein Informatiker an die Schlichtungsstelle mit der Beschwerde, wegen seiner Homosexualität am Arbeitsplatz diskriminiert zu werden. Auch in diesem Fall nahm die Schlichtungsstelle die Anwendbarkeit des Gleichstellungsgesetzes ohne weitere Ausführungen an.

Soweit ersichtlich ist die Schlichtungsstelle Zürich bisher die einzige, welche die Anwendbarkeit des Gleichstellungsgesetzes auf diese Diskriminierungsfälle bejaht. In der anderen einschlägigen Datenbank, www.leg.ch, sind keine Fälle betreffend Diskriminierung homosexueller Arbeitnehmender zu finden. Damit fehlt es bisher an einer autoritativen Einschätzung der Anwendbarkeit des Gleichstellungsgesetzes. In diesem Sinne muss hier von einer Schutzlücke ausgegangen werden.

4. Strafgesetzbuch

Im Strafgesetzbuch finden sich Straftatbestände, welche zwar ein bestimmtes Verhalten für alle Personen unabhängig von ihrer sexuellen Orientierung unter Strafe stellen, mit welchen aber homosexuelle Personen zumindest potenziell vermehrt konfrontiert sein könnten. Art. 177 StGB regelt das Vergehen der Beschimpfung und schützt vor Angriffen der Ehre eines Menschen durch Wort, Schrift, Bild, Gebärde oder Tätlichkeiten. Herabsetzende Äusserungen, die sich auf die sexuelle Orientierung beziehen, stellen eine Beschimpfung dar. Zu denken wäre auch an die Straftatbestände der üblen Nachrede (Art. 173 Abs. 1 StGB) der Verleumdung (Art. 174 Abs. 1 StGB) oder gar der Drohung (Art. 180 StGB). Auch das Verbot der sexuellen Belästigung (Art. 198 StGB) könnte zur Anwendung kommen.³¹¹ Verboten sind physische, optische und verbale Zumutungen sexueller Art. Darüber hinaus gibt es weitere Straftatbestände, welche von gewisser Relevanz sein können.³¹² Auf Bundesgerichtsebene sind soweit ersichtlich,³¹³ wenige Fälle zu den genannten Tatbeständen behandelt worden, in denen homosexuelle Menschen Opfer waren:

- 6B_562/2011, vom 5. Dezember 2011: Art. 173 Abs. 1 StGB erfüllt, indem einem Mann gedroht wurde, ihn am Arbeitsplatz und in seiner Familie als homosexuell zu denunzieren.
- 6B_351/2007, vom 9. November 2007: Art. 180 StGB erfüllt. Ein Mann wurde am Telefon unter anderem als „schwule Sau mit Ohrring“ beschimpft und mit dem Herausreissen des Ohrrings bedroht. Ob der betroffene Mann tatsächlich homosexuell war, lässt sich aus dem Urteil des Bundesgerichts nicht ersehen.
- BGE 137 IV 263, vom 7. Juli 2011: Art. 198 StGB erfüllt. Der Vorgesetzte, der seinem minderjährigen Praktikanten mit der Hand unter dem T-Shirt über den nackten Rücken strich, erfüllte unter den konkreten Umständen den Tatbestand der sexuellen Belästigung. Unklar jedoch, ob einer der beiden Beteiligten homosexuell war.

Art. 261^{bis} Abs. 1 StGB Abs. 1 verbietet den öffentlichen Aufruf zu Hass oder Diskriminierung gegen eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion. Die Botschaft zur Revision des Strafgesetzbuches erwähnt ausdrücklich, dass „auf die Aufnahme

³¹⁰ Schlichtungsstelle nach Gleichstellungsgesetz, Geschäft Nr. 8/2010, abrufbar auf www.gleichstellungsgesetz.ch, Zürich Fall 218.

³¹¹ CURCHOD, S. 686-694.

³¹² Für eine ziemlich umfassende Behandlung siehe CURCHOD, S. 685-707.

³¹³ Gestützt auf eine Kurzrecherche auf www.bger.ch.

anderer Kriterien, wie das Geschlecht, die sexuelle Ausrichtung, die Weltanschauung, bewusst verzichtet (wurde), da dies den Rahmen der vorliegenden Gesetzesrevision gesprengt hätte.³¹⁴ Auch gemäss Lehre und Rechtsprechung³¹⁵ ist die Aufzählung der drei Merkmale abschliessend, so dass die Herabsetzung von Angehörigen sexueller Minderheiten nicht miterfasst ist.³¹⁶ Die Mehrzahl der gängigen Kommentare³¹⁷ befassen sich denn auch nicht mit der Frage, ob Art. 261^{bis} StGB für den Schutz vor Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung (geschweige denn der Geschlechtsidentität) herangezogen werden könnte. Im Übrigen sind auch keine gegen- teiligen Urteile ersichtlich.³¹⁸ Der Aufruf zur Feindseligkeit gegenüber homosexuellen Menschen ist damit bisher nicht durch Art. 261^{bis} StGB geschützt.

Eine der Strafnorm gegen Rassendiskriminierung analoge Bestimmung, welche eine strafrechtli- che Verfolgung im Falle von öffentlicher Verleumdung und Herabsetzung von Menschen auf- grund ihrer *sexuellen Identität* ermöglicht hätte, wurde vom Nationalrat 2009 abgelehnt.³¹⁹ Eben- falls abgelehnt haben die eidg. Räte die Standesinitiative des Kantons Genf zur Ergänzung von Art. 8 Abs. 2 BV und von Art. 261^{bis} StGB um das Merkmal der *sexuellen Orientierung*.³²⁰ Ange- nommen wurde aufgrund der Palamentarischen Initiative Reynard lediglich die zweite Forderung, nämlich die Ergänzung von Art. 261^{bis} StGB.³²¹

5. Allgemeine privatrechtliche Rechtsgrundlagen

Die in Teilstudie 1 erarbeiteten allgemeinen privatrechtlichen Rechtsgrundlagen betreffend den Schutz der Persönlichkeit (Art. 28 ZGB), den Schutz von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB), allfällige Ansprüche aus culpa in contrahendo (bei Stellenabsagen wegen der sexuellen Orientierung) sowie die speziellen Arbeitsrechtlichen Bestimmungen des Obligationenrechts (Art. 328 ff. OR.) können zum Schutz vor privater Diskriminierung herangezogen werden.

So führt das Bundesgericht in BGE 122 V 267 aus, dass Fragen betreffend „persönlichkeitskenn- zeichnende Merkmale wie Freizeitverhalten und sonstiges Privatleben, die im Hinblick auf die fragliche Stelle ohne Belang sind“, ³²² unzulässig sind. Darunter müssten auch Fragen betreffend die sexuelle Orientierung eines Bewerbers/einer Bewerber/in fallen.³²³ Jedoch gibt es soweit er- sichtlich bisher keine publizierten Urteile des Bundesgerichts zu Art. 328b OR im Zusammenhang mit der sexuellen Orientierung. Allerdings hat das Bundesgericht in einem unpublizierten Urteil

³¹⁴ Botschaft Revision StGB 1992, S. 311.

³¹⁵ BGE 140 IV 67 E. 2.2.1; Bger-E 6B_361/2010, E. 4.4; BGE 123 IV 202.

³¹⁶ STRATENWERTH / WOHLERS, Kommentar zu Art. 261^{bis} StGB, Rn. 2.

³¹⁷ TRECHSEL, Kommentar zu Art. 261^{bis} StGB; VEST, Kommentar zu Art. 261^{bis} StGB.

³¹⁸ Siehe Datenbank der EKR, abrufbar unter: <http://www.ekr.admin.ch/dienstleistungen/d518.html> (besucht am 23.05.2014).

³¹⁹ 09.3395 – Motion Jositsch Daniel. Diskriminierungsverbot auf Grund der sexuellen Identität vom 29.04.2009.

³²⁰ 13.304 – Standesinitiative, Änderung der Bundesverfassung (Art. 8 Abs. 2) und des Strafgesetzbuches (Art. 261^{bis}) vom am 26.02.2013. Der Nationalrat hatte die Standesinitiative als Zweitrat angenommen; der Stände- rat beharrte mit Entscheid vom 17.06.2015 auf seiner Ablehnung.

³²¹ 13.407 – Parlamentarische Initiative Reynard Mathias, Kampf gegen die Diskriminierung aufgrund der sexuel- len Orientierung. Art. 261^{bis} StGB vom 07.03.2013.

³²² BGE 122 V 267, E. 4b.

³²³ BAUR / ROSSINELLI, S. 536 f.; DUNAND, Commentaire Art. 328b CO, Rn. 46; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, S. 595.

2008³²⁴ ausdrücklich festgehalten, dass in einem Bewerbungsgespräch Fragen zur sexuellen Orientierung des Bewerbers/der Bewerberin unzulässig sind:

„Ainsi, des questions relatives à une éventuelle séropositivité, aux opinions politiques, à la volonté future d'une femme d'avoir des enfants, à la situation familiale, au cercle d'amis et de fréquentations du candidat ou à ses tendances sexuelles sont par exemple inadmissibles. Ceci vaut également sous l'angle de l'art. 328b CO (...).“³²⁵

Gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. a OR ist die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses unter anderem dann missbräuchlich, wenn eine Partei sie wegen einer Eigenschaft ausspricht, die der anderen Partei kraft ihrer Persönlichkeit zusteht, es sei denn, diese Eigenschaft stehe in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis oder beeinträchtige wesentlich die Zusammenarbeit im Betrieb. Insofern wird der Persönlichkeitsschutz beschränkt.³²⁶ Eine Kündigung wegen der sexuellen Orientierung einer Person wäre damit wohl nicht zulässig.³²⁷ Bisher gibt es soweit ersichtlich, keine publizierten Urteile des Bundesgerichts zu Art. 336 OR im Zusammenhang mit der sexuellen Orientierung.

Der Schutz der Persönlichkeit (Art. 28 ZGB) bezweckt, Menschen vor Ungleichbehandlungen zu schützen, die auf Anknüpfung an deren wesentlichen Werten, deren physischer, affektiver oder sozialer Persönlichkeit beruhen. *„Eine Geschlechterdiskriminierung liegt ganz allgemein gesprochen dann vor, wenn ein Mensch aufgrund seines Geschlechts - namentlich mit Bezug auf den Zivilstand, die familiäre Situation, eine Schwangerschaft oder die sexuelle Orientierung - in einer mehr als geringfügigen, d.h. die Sozialadäquanz übersteigenden Art und Weise, herabgewürdigt oder ausgegrenzt wird. Der Verstoss gegen das Geschlechterdiskriminierungsverbot ist zugleich eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 ZGB.“³²⁸*

Nicht jede Ungleichbehandlung verstösst jedoch gegen den Persönlichkeitsschutz, vielmehr bedarf es der Erfüllung zweier Voraussetzungen. Erstens muss die Beeinträchtigung der Persönlichkeit eine gewisse Intensität erreichen. Von einer Persönlichkeitsverletzung wird erst gesprochen, wenn die Benachteiligung durch unterschiedliche Behandlung eine Herabwürdigung oder eine Ausgrenzung zum Ziel oder zur Folge hat. Zweitens muss sich die Verletzung gegen eine ganz bestimmte Person richten. Bei allgemeinen Verunglimpfungen von Personengruppen muss der Nachweis erbracht werden können, dass dadurch einer ganz bestimmten Person ein Nachteil zugefügt worden ist. Damit sind allgemeine Verunglimpfungen von Homosexuellen nicht vom Schutzbereich von Art. 28 ZGB erfasst.³²⁹

Anders die Diskriminierung einer konkreten Person wegen ihrer (oder seiner) sexuellen Orientierung. Im Zusammenhang mit Art. 28 ZGB entschied das Bundesgericht im Oktober 2013 in 5A_376/2013, dass eine Schweizer Zeitung die Persönlichkeit eines homosexuellen Schweizer Sängers verletzt hat, indem sie eine Fotomontage veröffentlicht hatte, welche den Kopf des Klägers auf dem Körper der Gewinnerin des "Eurovision Song Contest" zeigte. Das Bundesgericht führte aus, dass *der Kläger damit in der Wahrnehmung des Durchschnittsbetrachters als das abgebildet (wird), was salopp und auch abwertend unter dem Begriff "Tunte" verstanden werden*

³²⁴ BGer-E 2C_103/2008.

³²⁵ BGer-E 2C_103/2008, E. 6.2.

³²⁶ HAUSAMMANN, S. 18; PÄRLI/STUDER, Diskriminierungsrecht, Arbeit und Existenzsicherung, S. 141.

³²⁷ Siehe z.B. BGE 127 III 86, E. 2a; STAEHELIN, Kommentar zu Art. 336 OR, Rn. 9. Keine Erwähnung der sexuellen Orientierung in PORTMANN, Kommentar zu Art. 336 OR.

³²⁸ MILANI, S. 47. Siehe auch MEILI, Kommentar zu Art. 28 ZGB; AEBI-MÜLLER, Kommentar zu Art. 28 ZGB.

³²⁹ HAUSAMMANN, S. 18.

kann, d.h. als *Homosexueller mit affektiert femininem Gebaren bzw. als passiver, "weiblicher" Homosexueller*.³³⁰ Die durch die Darstellung erlittene Ehrverletzung erreiche eine solche Intensität, dass von der Verletzung der Persönlichkeit des Klägers ausgegangen werden müsse.³³¹ In einem anderen Fall führte das Bundesgericht aus, dass die sexuelle Orientierung einen eng mit dem Individuum zusammenhängenden Aspekt der Persönlichkeitsentfaltung darstellt und entsprechend verletzende Aussagen in den Geltungsbereich des Art. 28 ZGB fallen.³³²

Im Übrigen sind soweit ersichtlich,³³³ keine publizierten bundesgerichtlichen Urteile gestützt auf Art. 28 ZGB im Zusammenhang mit Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung ergangen.

Ohne entsprechende Rechtsprechung bleibt damit auch unklar, ob Art. 28 ZGB überhaupt genügenden Schutz vor Persönlichkeitsverletzungen gestützt auf die sexuelle Orientierung, Geschlechtsidentität oder Intersex-Status bieten kann.

Das Verbot der Benachteiligung aufgrund der sexuellen Orientierung findet sich vereinzelt in Personalgesetzen³³⁴ oder auch in Gesamtarbeitsverträgen.³³⁵ Das Parlament der Stadt Zürich hat in der Verordnung über das Arbeitsverhältnis des städtischen Personals kürzlich eine Bestimmung aufgenommen, wonach gegenüber Angestellten, die unter anderem aufgrund ihrer Geschlechtsidentität benachteiligt sein könnten, Toleranz und Akzeptanz sowie bei Anstellungen und Personalentwicklung die Chancengleichheit zu fördern sei.³³⁶

Im Übrigen (soweit ersichtlich):

- Keine publizierten Urteile des Bundesgerichts zu Art. 328 OR (Arbeitsrechtlicher Persönlichkeitsschutz) im Zusammenhang mit der sexuellen Orientierung. Jedoch zumindest ein unpubliziertes Urteil aus dem Jahr 2008.³³⁷
- Keine publizierten Urteile des Bundesgerichts zu Art. 6 ArG (Arbeitsrechtlicher Persönlichkeitsschutz) im Zusammenhang mit der sexuellen Orientierung.
- Keine publizierten Urteile des Bundesgerichts zu Art. 271 OR (Kündigung eines Mietvertrags, die gegen Treu und Glauben verstösst) im Zusammenhang mit der sexuellen Orientierung. Siehe in diesem Zusammenhang allerdings den Hinweis von Weber, dass die Kündigung einer Miete wegen einer Änderung der familiären Situation des Mieters missbräuchlich ist, wenn es sich bei der Änderung um eine Auflösung einer registrierten Partnerschaft handelt.³³⁸

³³⁰ BGer-E 5A_376/2013, Urteil vom 29.10.2013, E. 4.3.

³³¹ BGer-E 5A_376/2013, Urteil vom 29.10.2013, E. 4.4. Siehe auch das Urteil der Vorsintanz: Obergericht Zürich, Urteil vom 22.04.2013, LB120067-O/U.

³³² BGer-E 5A_553/2012, Urteil vom 14.04.2014, E. 3.6: „(...) zumal für jedermann offensichtlich ist, dass die Nacktheit, an welcher der Beschwerdeführer in besonderem Mass Anstoss nimmt, als Fotomontage keine Aussage zum tatsächlichen Körper und auch nicht in einem übertragenen Sinn eine Aussage zur sexuellen Orientierung oder anderen eng mit dem Individuum zusammenhängenden Aspekten der Persönlichkeitsentfaltung macht, (...)“.

³³³ Nach einer Kurzrecherche. Für eine umfassende Recherche und deren Ergebnisse siehe Teilstudie 8.

³³⁴ Siehe etwa Art. 6 Abs. 1 Bundespersonalverordnung vom 03.07.2001, SR 172.220.111.3: „Der Arbeitgeber sorgt dafür, dass die Angestellten nicht aufgrund ihres Geschlechts oder ihrer Lebensform benachteiligt werden.“

³³⁵ Siehe etwa Art. 16.2 Landes-Gesamtarbeitsvertrag für die Migros-Gruppe 2015-2018.

³³⁶ Beschluss des Gemeinderates der Stadt Zürich vom 14.03.2012 zu Art. 3 lit. k der Verordnung über das Arbeitsverhältnis des städtischen Personals. Dokumentiert auf www.transgender-network.ch.

³³⁷ BGer-E 2C_103/2008.

³³⁸ WEBER, Kommentar zu Art. 271 OR, Rn. 22.

VI. GESAMTFAZIT UND PROBLEMBEREICHE

Das Ziel der nachfolgenden Ausführungen besteht in einer komprimierten Darstellung der wesentlichen im Rahmen der vorliegenden Teilstudie herausgearbeiteten Problemfelder.

MATERIELLES RECHT

Auf *Verfassungsstufe* orientiert sich der Schutz vor Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung und Geschlechtsidentität an Art. 8 Abs. 2 BV und Art. 10 Abs. 2 BV (Persönliche Freiheit). Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung fällt gemäss herrschender Lehre und Praxis unter „Lebensform“. Das Diskriminierungsverbot aufgrund der Geschlechtsidentität wird von der Lehre unter „Geschlecht“ subsumiert; entsprechende bundesgerichtliche Rechtsprechung gibt es nur wenig. Weder die Lehre noch die Rechtsprechung haben sich bisher umfassend zum verfassungsmässigen Schutz von Menschen mit Intersex-Status geäussert.

Der spezialgesetzliche Diskriminierungsschutz beschränkt sich in Bezug auf LGBTI-Menschen auf das Partnerschaftsgesetz, welches jedoch in erster Linie nur für LGB-Menschen von Relevanz ist. Transmenschen können nicht in jedem Fall die Möglichkeiten des Partnerschaftsgesetzes (PartG) nutzen. Die Anwendbarkeit des Gleichstellungsgesetzes (GIG) auf Transmenschen und homosexuelle bzw. bisexuelle Menschen, welche im Erwerbsleben wegen ihrer Geschlechtsidentität oder sexuellen Orientierung diskriminiert werden, ist noch nicht zweifellos geklärt. Die Anwendbarkeit des Gleichstellungsgesetzes auf Menschen, die wegen ihrem Intersex-Status im Erwerbsleben diskriminiert werden, ist noch völlig im Dunkeln und wurde bisher weder von der Lehre noch von der Rechtsprechung thematisiert.

Folgende grundsätzliche Problembereiche konnten identifiziert werden:

Fehlende Sichtbarkeit: In Bezug auf die bestehende Gesetzgebung hat sich gezeigt, dass LGBTI-Menschen in der schweizerischen Rechtsordnung nicht oder nur beschränkt sichtbar sind. Während die Rechte und Bedürfnisse homosexueller Menschen durch das Partnerschaftsgesetz zumindest eine gewisse Anerkennung gefunden haben, sind Transmenschen und Intersex-Menschen darauf angewiesen, dass bestehende Verfassungs- und Gesetzesnormen durch Rechtsberatende, Schlichtungsstellen und die Gerichte entsprechend ausgelegt und angewandt werden. Dies setzt auf der Seite der Rechtsberatenden und Rechtsanwendenden eine gewisse Sensibilität und Wissen voraus. Sensibilisierungsarbeit wird aufgrund der fehlenden institutionellen Verankerung von LGBTI in der Schweiz bisher allerdings nur von Privaten geleistet. Diese Situation kann den Anforderungen an einen ausreichenden Diskriminierungsschutz nicht genügen. Auch die Rechtsordnung muss dazu beitragen, dass besonders verletzte Gruppen von Menschen mittels expliziter Schutznormen sichtbar gemacht werden.

Rechtsunsicherheit: Das Fehlen von ausdrücklichen Schutznormen und umfassender Rechtsprechung zu den allgemeinen Schutznormen führt zu einer Rechtsunsicherheit. Obwohl sich die Lehre und in wenigen Fällen auch die Rechtsprechung geäussert haben, dass z.B. Art. 28 ZGB auch Schutz vor Persönlichkeitsverletzungen aufgrund der sexuellen Orientierung gibt, führt der Mangel an Normen, bei deren Schaffung (auch) an LGBTI-Menschen gedacht wurde dazu, dass LGBTI-Menschen äusserst schwer abschätzen können, ob eine der zur Verfügung stehenden Normen in ihrem Fall greift oder nicht. Deutlich muss gesagt werden, dass es in der schweizerischen Rechtsordnung keine einzige Norm gibt, die von Intersex spricht. Transgender werden z.B. in der Zivilstandordnung durch das Wort „Geschlechtsänderung“ implizit erwähnt. Ansonsten anerkennt die geltende Rechtsordnung die Existenz von Trans und Intersex nur im Zusammenhang

mit der Invalidenversicherung und der Krankenversicherung; in erster Linie also im Zusammenhang mit pathologischen Situationen. Wenige Normen nennen explizit die sexuelle Orientierung.

Einzelne Spezialgesetze sorgen für neue Benachteiligung: Das PartG eröffnet zwar den Zugang zu einer staatlich anerkannten Form der Partnerschaft, sorgt gleichzeitig aber für die Verfestigung bestimmter Benachteiligungen wie z.B. das Eheverbot für homosexuelle Paare, das Adoptionsverbot oder die Beschränkung des Zugangs zu Mitteln der assistierten Fortpflanzung. Auch das GIG fördert zwar die Gleichstellung heterosexueller Frauen und Männer in der Arbeitswelt; unklar ist jedoch, ob es homosexuellen Frauen und Männern auch Schutz vor Diskriminierung am Arbeitsplatz aufgrund der sexuellen Orientierung bietet. Zur Herstellung eines geeigneten Diskriminierungsschutzes bedarf es daher eines ganzheitlichen Ansatzes und nicht blosser „Inselgesetzgebung“.

Kein Schutz vor nicht-individualisierter Persönlichkeitsverletzung: Anders als bei rassistisch motivierten öffentlichen Äusserungen gegen eine Gruppe von Menschen besteht bei anti-LGBTI motivierten öffentlichen Äusserungen noch kein Zugang zur Strafrechtsjustiz. Lediglich die direkt Betroffenen könnten Strafanzeige wegen Ehrverletzung, Verleumdung oder Beschimpfung stellen. (Strafbare Handlungen gegen die Ehre und den Geheim- oder Privatbereich, Art. 173 ff. StGB). Während aktuell die Ausweitung des Schutzbereichs von Art. 261^{bis} StGB auf homophobe Hassreden im Raum steht, scheinen Hassreden gegen die Geschlechtsidentität oder Geschlechtsvariante von Menschen nicht Teil der Ausdehnungsdebatte zu sein. Allgemeine Verunglimpfungen von homosexuellen Menschen sind auch von Art. 28 ZGB nicht erfasst.

Unklarer Schutz vor individualisierter Persönlichkeitsverletzungen durch OR und ZGB: Obwohl die Lehre zumindest teilweise davon ausgeht, dass die arbeitsrechtlichen Bestimmungen des OR (Art. 328 ff. OR) und der privatrechtliche Persönlichkeitsschutz (Art. 2, 28 ZGB) zum Schutz vor Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität herangezogen werden könnten, kann diese Einschätzung nicht durch bundesgerichtliche Rechtsprechung bestätigt werden. Es liegen schlicht keine oder nur wenige publizierte Urteile vor. Ohne entsprechende Rechtsprechung bleibt damit unklar, ob diese Bestimmungen tatsächlich genügenden Schutz vor Persönlichkeitsverletzungen gestützt auf die sexuelle Orientierung oder Geschlechtsidentität bieten können. Intersex-Status wird in der Rechtsprechung und Lehre bisher nicht besprochen.

Lückenhafte Rechtsordnung: Angesichts der Lücken im Bereich der LGBTI-Rechte hat z.B. die EAZW Rechtsauskünfte veröffentlicht und die Nationale Ethikkommission (NEK) eine Stellungnahme verfasst, welche Einheitlichkeit bringen sollen, ohne jedoch mit Gesetzeskraft ausgestattet zu sein. Grundsätzlich sind diese pragmatischen Mittel zur unmittelbaren Regelung aktueller Herausforderungen zu begrüßen. Diese Massnahmen müssen allerdings nach einiger Zeit zu einer Anpassung der Rechtsordnung führen.

Kantonale Unterschiede: Bei der Verwirklichung von LGBTI-Rechten bestehen grosse kantonale Unterschiede. So werden beispielsweise die Vorgaben und Bedingungen für Namens- und Geschlechtsänderungen von den kantonalen Behörden festgelegt und sind dadurch in einigen Kantonen strenger als in anderen. Hier bedarf es einer Vereinheitlichung der Verfahren und Voraussetzungen.

LGBTI als Sammelbegriff für die Rechtsordnung differenziert zu betrachten: Unter dem Akronym LGBTI werden sehr heterogene Schutzbedürfnisse sog. sexueller Minderheiten zusammengefasst. Eine gemeinsame Behandlung kann für gewisse Bereiche sinnvoll sein, für andere jedoch

unangebracht. Daher ist der Sammelbegriff für die Realisierung eines normierten Diskriminierungsschutzes zwingend differenziert zu betrachten.

Uneinheitlicher / ungleicher Rechtsschutz: Während mit den untersuchten Normen für homosexuelle Menschen bereits ein gewisser Rechtsschutz besteht, verfügen Transmenschen über deutlich weniger Möglichkeiten, sich gegen Diskriminierungen zu wehren oder vor Diskriminierungen geschützt zu werden. Tatsächlich noch unbearbeitet sind die Schutzbedürfnisse von Intersex und bisexuellen Menschen. Entsprechend muss darauf geachtet werden, den Rechtsschutz gleichmässig auszubauen, ohne den Schutz gewisser Gruppen zu vernachlässigen.

Fehlende institutionelle Verankerung von LGBTI-Themen in der Schweiz: Anders als beispielsweise für Menschen mit Behinderung oder für Fragen der Gleichstellung von Frau und Mann mangelt es in der Schweiz an staatlichen Stellen, welche mit der Durchsetzung, Sicherstellung und Überwachung der Rechte von LGBTI-Menschen mandatiert sind. Daher fehlt es sowohl an Sensibilisierung und Information als auch an staatlichen Ansprechstellen für LGBTI-Menschen, Eltern, Arbeitgebende, Rechtsberatende etc. Die wirksame Realisierung der bestehenden Schutznormen kann so nicht gewährleistet werden. Vielmehr ruht die Last und Verantwortung aktuell auf den Schultern der Zivilgesellschaft.

Bezogen auf Schutz vor Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung, der Geschlechtsidentität oder Intersex-Status sind folgende spezifische Schlussfolgerungen zu machen:

Intersex-Status

Menschen mit Geschlechtsvariante sind in der schweizerischen Rechtsordnung unsichtbar: Weder die Existenz, noch die Rechte von Intersex-Menschen werden in der schweizerischen Rechtsordnung explizit genannt oder anerkannt.

Ungenügende Datenlage: Gemäss Schätzungen werden in der Schweiz pro Jahr 20 bis 100 Kinder mit Geschlechtsvariante geboren. Konkrete Zahlen sind mangels statistischer Erhebung nicht verfügbar. Diese müssten bereits in den Spitälern erfasst werden. Ausserdem hat sich die Lehre bisher kaum mit dem Thema Intersex auseinandergesetzt; entsprechend unklar ist der verfassungsmässige Grundrechtsschutz (so z.B. Menschenwürde gemäss Art. 7 und Diskriminierungsschutz gemäss Art. 8 BV) von Intersex-Menschen. Nicht geklärt ist zudem die Anwendbarkeit allfälliger strafrechtlicher Normen sowie des Sterilisationsgesetzes auf geschlechtsangleichende Operationen.

Persönlichkeitsrechtliche Ansprüche von Intersex-Menschen durchsetzen: Obwohl gemäss NEK und Bundesrat kosmetische geschlechtsangleichende Operationen in Übereinstimmung mit Art. 10 Abs. 2 BV nur nach Erreichen der Volljährigkeit und mit Einwilligung der betroffenen Person erfolgen dürfen, scheinen Operationen heute noch an Kindern durchgeführt zu werden. Hier bedarf es dringend Nachforschungen, ob dies zutrifft und einer klaren Durchsetzung des Persönlichkeitssschutzes von Intersex-Kindern sowohl auf Verfassungs- als auch auf Gesetzesstufe (Art. 19c ZGB).

Änderung des Geschlechtseintrags im Zivilstandsregister / Kurze Frist zur Eintragung: Während die von der EAZW getroffene pragmatische Lösung zu begrüessen ist, sollte für die Zukunft eine nachhaltige Lösung getroffen werden, welche auch den Persönlichkeitsrechten von Intersex-Menschen dauerhaft Rechnung trägt. Ausserdem sollte über die Möglichkeit nachgedacht werden, auf den Geschlechtseintrag eine gewisse Zeit verzichten zu können, um den Eltern zu ermöglichen, eine umfassend informierte Entscheidung zu treffen. Zu diskutieren wäre ferner die Aussetzung des Eintrags bis zur Erreichung der Urteilsfähigkeit des Kindes.

Geschlechtsidentität (Trans)

Transmenschen sind in der schweizerischen Rechtsordnung unsichtbar: Weder die Existenz, noch die Rechte von Transmenschen und das Merkmal der Geschlechtsidentität werden in der schweizerischen Rechtsordnung explizit genannt oder anerkannt.

Schutz vor Diskriminierung im Erwerbsleben durch Gleichstellungsgesetz unklar: Obwohl die Lehre überwiegend von der Anwendbarkeit des GIG auf Transmenschen ausgeht, fehlt es an einer autoritativen Bestätigung durch das Bundesgericht.

Geschlechtsidentität irrelevant für die Möglichkeit des Eingehens einer Ehe oder einer eingetragenen Partnerschaft – massgeblich ist der Registereintrag: Das PartG findet nur Anwendung auf Paare, die zum Zeitpunkt der Eintragung gemäss Registereintrag offiziell gleichgeschlechtlich sind. Transmenschen, deren Geschlechtsidentität beispielsweise weiblich ist, die aber im Register (noch) als männlich gemäss Geburtsgeschlecht registriert sind, haben keinen Zugang zur gleichgeschlechtlichen Partnerschaft mit einer anderen Frau. Damit wird Transmenschen der Zugang zur eingetragenen Partnerschaft solange verwehrt, als sie das Verfahren zur (medizinischen und juristischen) Geschlechtsanpassung nicht durchlaufen haben. Gleiches gilt für die Ehe.

Wenig Literatur und Rechtsprechung zum Persönlichkeitsschutz: Obwohl Art. 28 ZGB die sexuelle Integrität von Menschen schützt und damit Transmenschen potentiell gegen verbale Angriffe vorgehen könnten, fehlt es sowohl an der wissenschaftlichen Behandlung als auch an Rechtsprechung. Dies gilt im Zusammenhang mit Transmenschen im Übrigen für alle in Teilstudie 1 erwähnten allgemeinen Schutznormen des Privatrechts.

Sexuelle Orientierung (homosexuell, bisexuell)

Das PartG schafft neue Diskriminierungen bzw. verfestigt bisherige Ungleichbehandlungen und schafft einen „Sonderstatus“: Die mit dem PartG angestrebte Gleichstellung wurde zu einem Teil erreicht; in wichtigen Lebensbereichen führt das PartG jedoch sogar zu einer Kodifizierung von Ungleichbehandlung. Beachtet man die sinkende Zahl der eingetragenen Partnerschaften scheint es, als ob die Nachteile einer eingetragenen Partnerschaft die Vorteile überwiegen. Während z.B. nicht-ingetragenen homosexuellen Paaren zumindest die Einzeladoption offen steht, ist eine Adoption für eingetragene Paare nicht möglich. Ausserdem hat eine eingetragene Partnerschaft keinen erleichternden Einfluss auf die Einbürgerung eines Partners/einer Partnerin. Eingezeichnete Partner sind damit nach wie vor schlechter gestellt als Ehepartner. Zumindest diese Ungleichbehandlung sowie die Möglichkeit der Stiefkindadoption befinden sich aktuell jedoch in politischer Diskussion und dürften in nächster Zeit eine Änderung erfahren.

Unklarheit, ob das Gleichstellungsgesetz anwendbar ist: Einig ist sich die Lehre bei Diskriminierung in Form von unzulässiger Geschlechterrollenzuteilung / geschlechterstereotyper Erwartungen. Ungleichbehandlung gestützt auf die sexuelle Orientierung alleine ist gemäss Lehre vom Gleichstellungsgesetz nicht erfasst. Bisher fehlt es an einer bundesgerichtlichen Einschätzung. Damit besteht eine Rechtsunsicherheit.

Ausweitung Schutzbereich Art. 261^{bis} StGB: Bisher fallen öffentliche Verleumdungen und Herabsetzungen von Menschen aufgrund ihrer sexuellen Orientierung zweifelsfrei nicht unter Art. 261^{bis} StGB. Dies scheint sich in Zukunft zu ändern. Ob entsprechend auch Art. 8 Abs. 2 BV um das Kriterium der sexuellen Orientierung ergänzt wird, bleibt abzuwarten.

Die Situation bisexueller Personen wird weder in Lehre, Rechtsprechung noch der Rechtsordnung thematisiert.

VERFAHRENSRECHT

Im Bezug auf das Verfahren nach Gleichstellungsgesetz kann auf die in Teilstudie 2 gemachten Schlussfolgerungen verwiesen werden.

Intersex-Status

Fehlendes Verfahren zur zivilrechtlichen Geschlechtsänderung: Die schweizerische Rechtsordnung kennt kein ausdrückliches Verfahren zur Änderung des erfassten Registergeschlechts. Anders als für Transmenschen soll laut der NEK das Änderungsverfahren für Intersex-Menschen unbürokratisch möglich sein. Diese Empfehlung wurde durch die Weisung des EAZW vorerst umgesetzt.

Allgemeine Verfahrensregeln anwendbar: Für allfällige strafrechtliche, privatrechtliche oder verwaltungsrechtliche Verfahren sind die in Teilstudie 1 identifizierten allgemeinen Verfahrensprinzipien anwendbar. Es gibt keine besonderen Verjährungsfristen für Beschwerden aufgrund der fehlenden Einwilligung zur geschlechtsbestimmenden Operation, keine Beweislast erleichterungen, kein Verbandsbeschwerderecht etc.

Geschlechtsidentität (Trans)

Unklare Anwendbarkeit des Gleichstellungsgesetzes und dessen Verfahrenserleichterungen: Nur wenn die Anwendbarkeit des Gleichstellungsgesetzes auf Diskriminierung von Transmenschen im Arbeitsleben bejaht wird, gelten entsprechend auch die Verfahrenserleichterungen des GIG.

Fehlendes Verfahren zur zivilrechtlichen Geschlechtsänderung: Die schweizerische Rechtsordnung kennt kein ausdrückliches Verfahren zur Änderung des erfassten Registergeschlechts. Vielmehr ist eine zivilstandsrechtliche Feststellungsklage *sui generis* einzureichen.

Voraussetzungen der registerrechtlichen Geschlechtsänderung - Kantonale Unterschiede: Aufgrund des bisher nicht klar geregelten Verfahrens der Anpassung des Geschlechtseintrags ergeben sich je nach Kanton unterschiedliche Voraussetzungen.

Sexuelle Orientierung (homosexuell, bisexuell)

Unklare Anwendbarkeit des Gleichstellungsgesetzes und dessen Verfahrenserleichterungen: Nur wenn die Anwendbarkeit des Gleichstellungsgesetzes auf Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung im Arbeitsleben bejaht wird, gelten entsprechend auch die Verfahrenserleichterungen des GIG.

INSTITUTIONELLES

Die Schaffung und Unterstützung von staatlichen oder staatlich unterstützten und mit genügend personellen und finanziellen Ressourcen ausgestatteten Fach- und Beratungsstellen für die Anliegen von LGBTI-Menschen und ihrem Schutz vor Diskriminierung erweist sich als besonders wichtig.

LITERATUR- UND MATERIALIENVERZEICHNIS

LITERATURVERZEICHNIS

- AEBI-MÜLLER, REGINA, Kommentar zu Art. 28 ZGB, in: Peter Breitschmid / Alexandra Rumo-Jungo (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht - Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht – Art. 1-456 ZGB, Zürich, 2012.
- AUBERT, GABRIEL / LEMPEN, KARINE, Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genf 2011.
- BAUR, FRANÇOIS E. / ROSSINELLI, MICHEL, Arbeits- und Dienstrecht, in: Andreas Ziegler / Michel Montini / Eylem Ayse Copur (Hrsg.), LGBT-Recht, Rechte der Lesben, Schwulen, Bisexuellen und Transgender in der Schweiz, Bern 2014, S. 533-573.
- BIGLER-EGGENBERGER, MARGRITH, Art. 19 ZGB, in: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, Kommentar, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2001, S. 195-210.
- BÜCHLER, ANDREA, Art. 2 PartG, Grundsatz, in: Andrea Büchler, Eingetragene Partnerschaft, Fam Kommentar, Bern, 2007. Zit.: BÜCHLER, Kommentar PartG, Art. 2.
- BÜCHLER, ANDREA / COTTIER, MICHELLE, Transsexualität und Recht. Oder: Das falsche Geschlecht. Über die Inkongruenz biologischer, sozialer und rechtlicher Geschlechterkategorisierungen, in: FamPra.ch 2002, Bern, S. 20-47. Zit.: BÜCHLER / COTTIER, Transsexualität und Recht.
- BÜCHLER, ANDREA / HOTZ, SANDRA, Medizinische Behandlung, Unterstützung und Begleitung Jugendlicher in Fragen der Sexualität – Ein Beitrag zur Selbstbestimmung Jugendlicher im Medizinrecht, in: AJP 2010, S. 565-581. Zit.: BÜCHLER / HOTZ.
- BÜCHLER, ANDREA / MICHEL, MARGOT, Art. 19c ZGB, in: Andrea Büchler / Christoph Häfeli / Audrey Leuba / Martin Stettler (Hrsg.), Erwachsenenschutz, Bern 2013, S. 1074-1078. Zit.: BÜCHLER / MICHEL.
- BÜHLER, ROLAND, Kommentar zu Art. 270 ZGB in: Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Thomas Geiser (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, Basler Kommentar, 3. Auflage, 2006.
- CHRISTENSEN, BIRGIT, Intersexualität. Die „Herstellung symbolischer Heterosexualität“ durch Medizin und Recht, in: hll Zeitschrift für Recht und Gesundheit Nr. 18, 2012.
- COSSALI SAUVAIN, MONIQUE, Art. 1 But, in: Gabriel Aubert / Karine Lempen, Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genf 2011, S. 17-26.
- CURCHOD, ALEXANDRE, Strafrecht, in: Andreas Ziegler / Michel Montini / Eylem Ayse Copur (Hrsg.), LGBT-Recht, Rechte der Lesben, Schwulen, Bisexuellen und Transgender in der Schweiz, Bern 2014, S. 685-708.
- DUCKSCH, PETRA / DUBLER, HEDWIG, Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2012), 8. Auflage, Zürich, 2012.

- DUNAND, JEAN-PHILIPPE, Commentaire Art. 328 CO, in: Jean-Philippe Dunand / Pascal Mahon (Hrsg.), Commentaire du contrat de travail, Bern 2013. Zit.: DUNAND, Commentaire Art. 328 CO.
- DUNAND, JEAN-PHILIPPE, Commentaire Art. 328b CO, in: Jean-Philippe Dunand / Pascal Mahon (Hrsg.), Commentaire du contrat de travail, Bern 2013. Zit.: DUNAND, Commentaire Art. 328b CO.
- FREIVOGEL, ELISABETH, in: Claudia Kaufmann / Sabine Steiger-Sackmann (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Aufl., Basel 2009.
- FROWEIN, JOCHEN ABR. / PEUKERT, WOLFGANG, Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl 2009.
- HAMMARBERG, THOMAS, Human Rights and Gender Identity, Issue Paper, 23. Juli 2009, abrufbar unter: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1476365>. Zit.: HAMMARBERG, 2009.
- HAMMARBERG, THOMAS, Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe, September 2011, 2nd Edition abrufbar unter: https://www.coe.int/t/commissioner/Source/LGBT/LGBTStudy2011_en.pdf. Zit.: Hammarberg, 2011.
- HANGARTNER, YVO, Diskriminierung – ein neuer verfassungsrechtlicher Begriff, ZSR 122 (2003), S. 97 ff.
- HAUPT, HORST-JÖRG, „Sie sind ihr Gehirn – Transsexualität im Spannungsfeld von Neurowissenschaft und Transphobie“, Vortrag gehalten bei der Fachkonferenz Trans*Identitäten, 18. Oktober 2012, Wien.
- HAUSAMMANN, CHRISTINA, Instrumente gegen Diskriminierung im schweizerischen Recht – ein Überblick, im Auftrag des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen EBGB und der Fachstelle für Rassismusbekämpfung, Bern 2008.
- HEINRICH, PETER, Kommentar zu Art. 271-271a OR, in: Markus Müller-Chen / Claire Huguenin / Daniel Girsberger, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe, Art. 184-318 OR, Zürich, 2012.
- HOCHKOMMISSARIN FÜR MENSCHENRECHTE, Study documenting discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity vom 17. November 2011, UN Doc. A/HRC/19/41, abrufbar unter: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session19/Pages/ListReports.aspx>. Zit.: HOCHKOMMISSARIN FÜR MENSCHENRECHTE 2011.
- HRUSCHKA, CONSTANTIN / PORTMANN, CHRISTOF, LGBTI-Personen im Asylverfahren, in: Alberto Achermann / Constantin Hruschka (Hrsg.), Geschlechtsspezifische Verfolgung. Die schweizerische Praxis vor dem Hintergrund der europäischen und globalen Entwicklungen, Bern 2012.
- JENZER, HELENA / BAERISWYL, MYSHELLE ET AL., Transpersonen und Arbeitsmarkt in der Schweiz, 2012, abrufbar unter: www.transgender-network.ch.
- KAUFMANN, CLAUDIA, Art. 4 GIG Diskriminierung durch sexuelle Belästigung, in: Claudia Kaufmann / Sabine Steiger-Sackmann (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Aufl., Basel 2009.

- LEMPEN, KARINE, Interdiction de discriminer: Art. 3 LEg, in: Gabriel Aubert / Karine Lempen, Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genf 2011, S. 29-66. Zit.: LEMPEN, Art. 3 LEg.
- LEMPEN, KARINE, Harcèlement sexuel: Art. 4 LEg, in: Gabriel Aubert / Karine Lempen, Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genf 2011, S. 97-123. Zit.: LEMPEN, Art. 4 LEg.
- MEILI, ANDREAS, Kommentar zu Art. 28 ZGB, in: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, Basler Kommentar, 3. Auflage, 2006.
- MICHEL, MARGOT, Rechte von Kindern in medizinischen Heilbehandlungen, Basel 2009.
- MILANI, DOMINIK, Die Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen infolge Anstellungsdiskriminierungen bei privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen im erstinstanzlichen gerichtlichen Entscheidungsverfahren, in: ArbR - Mitteilung des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht, ArbR 2011, S. 39-86.
- MONTINI, MICHEL, Premières expériences en rapport avec l'application de la loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes de même sexe, 2008. Zit.: MONTINI, Premières expériences LPart.
- MONTINI, MICHEL, „Aspects juridiques du transsexualisme - Le point de la situation“, Vortrag vom 6. Dezember 2013, abrufbar unter: <https://www.bj.admin.ch/content/dam/data/gesellschaft/eazw/dokumentation/referate/ref-2013-12-06-f.pdf>. Zit.: MONTINI, „Aspects juridiques du transsexualisme - Le point de la situation“, Vortrag vom 06.12.2013.
- MÜLLER, JÖRG PAUL/SCHEFER, MARKUS, Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Auflage, Bern, 2008.
- MÜLLER, ROLAND A., Kommentar zu Art. 6 ArG, in: Roland A. Müller (Hrsg.) ArG Kommentar, Arbeitsgesetz, Navigator.ch, 7. Auflage, Zürich, 2009.
- PÄRLI, KURT/STUDER, MELANIE, Arbeit und Existenzsicherung, in: Tarek Naguib / Kurt Pärli / Eylem Copur / Melanie Studer, Diskriminierungsrecht. Handbuch für Jurist_innen, Berater_innen und Diversity-Expert_innen, Bern, 2014.
- PORTMANN, WOLFGANG, Kommentar zu Art. 328 OR, in: Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Basler Kommentar, 4. Auflage, 2007. Zit.: PORTMANN, Kommentar zu Art. 328 OR.
- PORTMANN, WOLFGANG, Kommentar zu Art. 328b OR, in: Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Basler Kommentar, 4. Auflage, 2007. Zit.: PORTMANN, Kommentar zu Art. 328b OR.
- PORTMANN, WOLFGANG, Kommentar zu Art. 336 OR, in: Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Basler Kommentar, 4. Auflage, 2007. Zit.: PORTMANN, Kommentar zu Art. 336 OR.
- RECHER, ALECS, Study on Homophobia, Transphobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity, Legal Report: Switzerland, 2011. Zit.: RECHER, Legal Report.
- RECHER, ALECS, Rechte von Transmenschen, in: LGBT-Recht, Rechte der Lesben, Schwulen, Bisexuellen und Transgender in der Schweiz, in: Andreas Ziegler / Michel Montini / Ey-

- lem Ayse Copur (Hrsg.), Bern 2014, S. 105-220. Zit.: RECHER, Rechte von Transmenschen.
- RECHER, ALECS / GARCIA NUÑEZ, DAVID, Frau, Mann – Individuum. Die neuen medizinischen Empfehlungen zur Begleitung von Transmenschen und ihre Auswirkungen auf die Leistungspflicht nach KVG, in: Jusletter 18. August 2014. Zit.: RECHER / GARCIA NUÑEZ, Jusletter.
- SCHEIDEGGER, HANS-ULRICH/PITTELOUD, CHRISTINE, Commentaire Art. 6 LTr, in: Thomas Geiser / Adrian von Kaenel / Rémy Wyler (Hrsg.), Loi sur le travail, Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce, Commentaire Stämpfli, Bern, 2005.
- SCHWEIZER, RAINER J., Art. 8 Abs. 2 BV, in: Bernhard Ehrenzeller / Benjamin Schindler / Rainer J. Schweizer / Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., St. Gallen/Zürich/Basel/Genf 2014, S. 184 ff. Zit.: SCHWEIZER, Kommentar zu Art. 8 Abs. 2 BV, Rn X.
- SCHWEIZERISCHES KOMPETENZZENTRUM FÜR MENSCHENRECHTE SKMR, Umsetzung der Menschenrechte in der Schweiz – Eine Bestandesaufnahme im Bereich der Geschlechterpolitik, Bern, 2013, abrufbar unter: <http://www.skmr.ch/de/publikationen/geschlechterpolitik/grundlagenstudie.html?zur=107>. Zit.: SCHWEIZERISCHES KOMPETENZZENTRUM FÜR MENSCHENRECHTE SKMR.
- SCHWEIZERISCHES KOMPETENZZENTRUM FÜR MENSCHENRECHTE SKMR, Institutionelle Verankerung von LGBTI-Themen in der Schweiz- Umsetzung der Empfehlung CM/Rec(2010)5 des Ministerkomitees des Europarats, Bern, 2014, abrufbar unter: <http://www.skmr.ch/de/publikationen/geschlechterpolitik/institutionelle-verankerung-lgbti.html?zur=107>.
- SCHWENZER, INGEBORG, Kommentar zu Art. 302 ZGB, in: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, Basler Kommentar, 3. Auflage, 2006.
- STAEHELIN, ADRIAN, Kommentar zu Art. 336 OR, in: Jörg Schmid (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), Bd. V/2c, Der Arbeitsvertrag, Art. 330b-355 OR, Art. 361-362 OR, 4. Auflage, 2014.
- STRATENWERTH, GÜNTER / WOHLERS, WOLFGANG, Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, Art. 261^{bis} StGB, 3. Auflage, Bern, 2013.
- STREIFF, ULLIN / VON KAENEL, ADRIAN / RUDOLPH, ROGER, Kommentar zu Art. 328 OR, in: Ullin Streiff, Adrian von Känel, Roger Rudolph (Hrsg.), Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Auflage, Zürich, 2012.
- TRECHSEL, STEFAN, Kommentar zu Art. 261^{bis} StGB, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2008.
- UEBERSCHLAG, JAKOB, Die Anstellungsdiskriminierung aufgrund des Geschlechts im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis (Art. 3 Abs. 2 GIG), Unter besonderer Berücksichtigung des europäischen Rechts, Zürich-Basel-Genf, 2009.
- VAERINI, MICAELA, La représentation dans le domaine médical à la lumière des nouvelles dispositions de protection de l'adulte et de l'enfant, in: Jusletter 8. September 2014.

- VEST, HANS, Kommentar zu Art. 261^{bis} StGB, in: Stämpfli Handkommentar, Delikte gegen den öffentlichen Frieden, Bern, 2007.
- WALDMANN, BERNHARD, Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz, unter besonderer Berücksichtigung der völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote einerseits und der Rechtslage in den USA, in Deutschland, Frankreich sowie im europäischen Gemeinschaftsrecht andererseits, Bern, 2003.
- WEBER, ROGER, Kommentar zu Art 271 OR, in: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Basler Kommentar, 4. Auflage, 2007.
- WERLEN, MIRJAM, Kinderschutz für Kinder mit bei der Geburt nicht klar zuweisbarem Geschlecht, AJP 2004, S. 1319-1338. Zit.: WERLEN, Kinderschutz.
- WERLEN, MIRJAM, Rechtlicher Schutz für Kinder mit bei Geburt uneindeutigem Geschlecht, in: Groneberger, Michael/Zehnder, Kathrin (Hrsg.), Intersex – Geschlechtsanpassung zum Wohle des Kindes? Erfahrungen und Analysen, Freiburg, 2008. Zit.: WERLEN, Intersex.
- WERLEN, MIRJAM, Persönlichkeitsschutz des Kindes, höchstpersönliche Rechte und Grenzen elterlicher Sorge im Rahmen medizinischer Praxis. Das Beispiel von Varianten der Geschlechtsentwicklung und DSD, Bern, 2014. Zit.: WERLEN, Persönlichkeitsschutz.
- WHO, Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization - An interagency statement by OHCHR, UN Women, UNAIDS, UNDP, UNFPA, UNICEF and WHO, 30. Mai 2014, abrufbar unter: http://www.who.int/reproductivehealth/publications/gender_rights/eliminating-forced-sterilization/en/. Zit.: WHO Interagency Statement 2014.
- ZEHNDER, KATHRIN, Zwitter beim Namen nennen. Intersexualität zwischen Pathologie, Selbstbestimmung und leiblicher Erfahrung, Bielefeld, 2010. Zit.: ZEHNDER, Zwitter beim Namen nennen.
- ZEHNDER, KATHRIN, Perspektiven und Debatten um körperliche Varianten der Geschlechtsentwicklung – eine Übersicht, in: Gender Studies Nr. 25, September 2014, S. 6-9. Zit.: ZEHNDER, Perspektiven und Debatten.
- ZIEGLER, ANDREAS R., Sexuelle Orientierung und schweizerische Rechtsordnung, in: Aktuelle Juristische Praxis (AJP), 2013, S. 649-658. Zit.: ZIEGLER, AJP 2013.
- ZIEGLER, ANDREAS R., Hat der Bund die Kompetenz die erleichterte Einbürgerung aufgrund einer eingetragenen Partnerschaft zu regeln? in: Jusletter 13. April 2015. Zit.: ZIEGLER, Jusletter 13.04.2015.

AMTLICHE PUBLIKATIONEN

- Antwort des Bundesrats vom 06.06.2011 auf 11.3265 – Interpellation vom 18.03.2011, Umgang mit Varianten der Geschlechtsentwicklung, Margret Kiener-Nellen.
- Antwort des Bundesrats vom 06.06.2011 auf 11.3286 – Interpellation Ida Glanzmann-Hunkeler vom 18.03.2011, Kosmetische Genitaloperationen bei Kindern mit uneindeutigen körperlichen Geschlechtsmerkmalen.

Antwort des Bundesrats 16.09.2013 auf 13.5300 – Intersexualität. Stigmatisierung verhindern, Frage von Francine John-Calame vom 10.09.2013.

Bericht über die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens, Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates unter Beizug des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes Teilrevision des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Einführung eines Straftatbestandes betreffend die Verstümmelung weiblicher Genitalien), September 2009, abrufbar unter: <http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1738/Ergebnis.pdf>. Zit.: Bericht Vernehmlassungsverfahren Art. 124 StGB.

Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Persönlichkeitsschutz: Art. 28 ZGB und 49 OR) vom 05.05.1982, BBl 1982 II 636. Zit.: Botschaft Änderung ZGB, Persönlichkeitsschutz.

Botschaft über den Beitritt der Schweiz zum Internationalen Übereinkommen von 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung und über die entsprechende Strafrechtsrevision vom 02.03.1992, BBl 1992 III 269. Zit.: Botschaft Revision StGB 1992.

Botschaft zum Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz) und zum Bundesbeschluss über die Genehmigung einer Änderung der Verordnung über die Zuweisung der Ämter an die Departemente und der Dienste an die Bundeskanzlei zum Gleichstellungsgesetz vom 24.02.1993, BBl 1993 I 1248. Zit.: Botschaft Gleichstellungsgesetz.

Botschaft zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare vom 29.11.2002, BBl 2003 1288. Zit.: Botschaft PartG.

Botschaft zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (Adoption), vom 28.11.2014, BBl 2015 877.

EAZW, Rechtsauskunft, Transsexualität, 01.02.2012, abrufbar unter: <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/gesellschaft/eazw/dokumentation/praxis/praxis-2012-02-01-f.pdf>. Zit.: EAZW Rechtsauskunft Transsexualität.

EAZW, Amtliche Mitteilung, Intersexualität: Eintragung und Änderung des Geschlechts und der Vornamen im Personenstandsregister, Mitteilung Nr. 140.15, 01.02.2014, abrufbar unter: <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/gesellschaft/eazw/weisungen/mitteilungen/140-15-d.pdf>. Zit.: EAZW, Amtliche Mitteilung Intersexualität.

Entwurf Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, BBl 2015 949.

Frage 13.5300 vom 10.09.2013, Intersexualität. Stigmatisierung verhindern, Francine John-Calame.

Interpellation 11.3265 vom 18.03.2011, Umgang mit Varianten der Geschlechtsentwicklung, Margret Kiener-Nellen.

Interpellation 11.3286 vom 18.03.2011, Kosmetische Genitaloperationen bei Kindern mit uneindeutigen körperlichen Geschlechtsmerkmalen, Ida Glanzmann-Hunkeler.

Interpellation 15.3521 vom 04.06.2015, Transgender People. Kohärenz der Schweizer Gesetzgebung und Praxis mit der Resolution 13742 des Europarates, Doris Fiala.

Motion 09.3395 Jositsch Daniel, Diskriminierungsverbot auf Grund der sexuellen Identität vom 29.04.2009.

- Motion 11.4046 Kommission für Rechtsfragen SR, Adoptionsrecht, Gleiche Chancen für alle Familien vom 15.11.2011.
- Nationale Ethikkommission im Bereich Humanmedizin NEK-CNE, Zum Umgang mit Varianten der Geschlechtsentwicklung, Ethische Fragen zur „Intersexualität“. Stellungnahme Nr. 20/2012 Bern, November 2012. Zit.: NEK, Stellungnahme Intersexualität.
- NGO Shadow report on the Country Report on the implementation of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW) about the situation of Lesbian and Bisexual Women in Switzerland, 12.05.2009. Zit.: NGO Schattenbericht zum Staatenbericht der Schweiz zur CEDAW, 2009.
- NGO Report to the 2nd, 3rd and 4th Periodic Report of Switzerland on the Convention on the Rights of the Child (CRC), „Intersex Genital Mutilations Human Rights Violations Of Children With Variations Of Sex Anatomy“. Zit.: NGO Report zum Staatenbericht der Schweiz zur KRK, 2014.
- Parlamentarische Initiative 99.451 vom 05.10.1999, Zwangssterilisationen. Entschädigung für Opfer, Margrith von Felten.
- Parlamentarische Initiative. Zwangssterilisationen. Entschädigung für Opfer (von Felten). Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 23. Juni 2003, BBl 2003 6311. Zit.: Botschaft Sterilisationsgesetz.
- Parlamentarische Initiative 13.407 Reynard Mathias, Kampf gegen die Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung. Art. 261bis StGB vom 7. März 2013.
- Petition 12.2018 vom 03.04.2012, Einführung eines dritten Geschlechts. Intersexualität, Eugen Fischer.
- Postulat 97.3570 Liberale Fraktion, Ehe und Geschlechtsumwandlung vom 04.12.1997.
- Postulat 12.3543 Naef Martin, Bericht zum Recht auf Schutz vor Diskriminierung vom 14.06.2012.
- Report on Launch of Yogyakarta Principles, abrufbar unter: http://www.ypinaction.org/files/45/Report_on_Launch_of_Yogyakarta_Principles.pdf.
- Standesinitiative 13.304, Änderung der Bundesverfassung (Art. 8 Abs. 2) und des Strafgesetzbuches (Art. 261bis) vom 22.02.2013.
- UNHCR, Guidelines on international Protection No. 9: Claims to Refugee Status based on Sexual Orientation and/or Gender Identity within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, 23.10.2012. Zit.: UNHCR Guidelines No. 9.
- UNHCR, UNHCR-Richtlinien zum internationalen Schutz Nr. 9 – Zusammenfassung. Asylanträge basierend auf sexueller Orientierung und/oder geschlechtlicher Identität im Zusammenhang mit Artikel 1 (A) 2 des Abkommens von 1951 und/oder des Protokolls von 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge („Genfer Flüchtlingskonvention“), in: Asylmagazin 3/2013, S. 70–73. Zit.: UNHCR-Richtlinien zum internationalen Schutz Nr. 9 – Zusammenfassung deutsch.
- UNHCR, Working with Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender & Intersex Persons in Forced Displacement – Need to know guidance, Genf, 2011. Zit.: UNHCR Need to know guidance.

NORMTEXTE

UNO

Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966 (Wirtschafts- und Sozialpakt, SR 0.103.1).

Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (Zivilpakt; SR 0.103.2).

Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (Kinderrechtskonvention, KRK; SR 0.107).

Übereinkommen vom 18. Dezember 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW, SR 0.108).

Fakultativprotokoll vom 6. Oktober 1999 zum Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (SR 0.108.1).

Übereinkommen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (UNO Behindertenrechtskonvention SR 0.109).

Yogyakarta-Prinzipien, Prinzipien zur Anwendung der Menschenrechte in Bezug auf die sexuelle Orientierung und geschlechtliche Identität, deutsche Übersetzung von: Schriftenreihe der Hirschfeld-Eddy-Stiftung, Band 1, Berlin 2008.

Europa

Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK; SR 0.101).

Protokoll Nr. 12 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 2000, SEV-NR. 177.

Schweiz – Bund

Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR, SR 220).

Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 06. Oktober 2000, (ATSG, SR 830.1).

Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 (AuG, SR 142.20).

Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982 (BVG, SR 831.40).

Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990 (DBG, SR 642.11).

Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare vom 18. Juni 2004 (PartG, SR 211.231).

Bundesgesetz über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 17. Dezember 1993, Freizügigkeitsgesetz (FZG, SR 831.42).

Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 24. März 1995 (Gleichstellungsgesetz, GIG, SR 151.1).

Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 (StHG, SR 642.14).

Bundesgesetz über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 (IVG, SR 831.20).

Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 (KVG, SR 832.10).

Bundesgesetz über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts vom 29. September 1952 (BüG, SR 141.0).

Bundesgesetz über Voraussetzungen und Verfahren bei Sterilisationen vom 17. Dezember 2004 (Sterilisationsgesetz, SR 211.111.1).

Bundespersonalverordnung vom 03. Juli 2001 (BPV, SR 172.220.111.3).

Schweizerische Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101).

Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0).

Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210).

Verordnung über Geburtsgebrechen vom 9. Dezember 1985 (GgV, SR 831.232.21).

Zivilstandsverordnung vom 28. April 2004 (ZStV, SR 211.112.2).

Schweiz – Kantone

Verfassung Kanton Zürich, SR 131.211, vom 27. Februar 2005.

Verfassung Kanton Basel-Stadt, SR 131.222.1, vom 23. März 2005.

Verfassung Kanton Genf, SR 131.234, vom 31. Mai 2012.

Bildungsgesetz Kanton Basel-Landschaft, Nr. 640, vom 06. Juni 2002.

HR COMMITTEE

HRC, Concluding Observations Switzerland, 1996, CCPR/C/79/Add.70.

HRC, Concluding Observations Switzerland, 2001, CCPR/CO/73/CH.

HRC, Concluding Observations Switzerland, 2009, CCPR/C/CHE/CO/3.

HRC, Concluding Observations Lithuania, 2012, CCPR/C/LTU/CO/3.

HRC, Concluding Observations Albania, 2013, CCPR/C/ALB/CO/2.

Individualbeschwerdeverfahren

Toonen v. Australia, Communication No. 488/1992 vom 31.3.1994.

Joslin v. New Zealand, Communication No. 902/1999 vom 17.7.2002.

Young v. Australia, Communication No. 941/2000 vom 18.9.2003.

X. v. Colombia, Communication No. 1361/2005 vom 14.5.2007.

Fedatova v. Russia, Communication No. 1932/2010 vom 31.10.2012.

CESCR

CESCR, General Comment No. 13, 1999, E/C.12/1999/10.

CESCR, General Comment No. 18, The right to work (art. 6), 2005.

CESCR, General Comment No. 19, The right to social security (art. 9), 2007.

CESCR, General Comment No. 20, 2009.

CESCR, Concluding Observations Switzerland, 1998, E/C.12/1/Add.30.

CESCR, Concluding Observations Switzerland, 2010, E/C.12/CHE/CO/2-3.

CESCR, Concluding Observations Ecuador, 2012, E/C.12/ECU/CO/3.

CESCR, Concluding Observations Republic of Moldavia, 2011, E/C.12/MDA/CO/2.

CESCR, Concluding Observations Peru, 2012, E/C.12/PER/CO/2-4.

CEDAW

CEDAW, Concluding Comments Switzerland, 2003, A/58/38 (Part I).

CEDAW, Concluding Observations Switzerland, 2009, CEDAW/C/CHE/CO/3.

CEDAW, Concluding Observations Germany, 2009, CEDAW/C/DEU/CO/6.

CEDAW, Concluding Observations Uganda, 2010, CEDAW/C/UGA/CO/7.

CEDAW, Concluding Observations Albania, 2010, CEDAW/C/ALB/CO/3.

CEDAW, Concluding Comments Costa Rica, 2011, CEDAW/C/CRI/CO/5-6.

CEDAW, Concluding Observations Singapore, 2011, CEDAW/C/SGP/CO/4.

CEDAW, General recommendation No. 27 on older women and protection of their human rights, 16.12.2010, CEDAW/C/GC/27.

CEDAW, General recommendation No. 28 on the core obligations of States parties under article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 16.12.2010, CEDAW/C/GC/28.

CAT

CAT, Concluding Observations Finland, 2011, CAT/C/FIN/CO/5-6.

CAT, Concluding Observations Germany, 2011, CAT/C/DEU/CO/5.

CRC

CRC, Concluding Observations Switzerland, 2015, CRC/C/CHE/CO/2-4.

UPR

Universal Periodic Review, Report of the Working Group on the Universal Periodic Review, Switzerland UPR Switzerland, A/HRC/8/41, 28.05.2008, abrufbar unter: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/139/66/PDF/G0813966.pdf?OpenElement>. Zit.: UPR Switzerland 2008.

Universal Periodic Review, Report of the Working Group on the Universal Periodic Review, Switzerland, Addendum, Responses to the recommendations within the framework of the universal periodic review, A/HRC/8/41/Add.1, 25.08.2008, abrufbar unter: http://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/Session2/CH/A_HRC_8_41_Add1_Switzerland_E.pdf. Zit.: UPR Switzerland 2008, Addendum.

Universal Periodic Review, Report of the Working Group on the Universal Periodic Review, Switzerland, A/HRC/22/11, 07.12.2012, abrufbar unter: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G12/186/16/PDF/G1218616.pdf?OpenElement>. Zit.: UPR Switzerland 2012.

Universal Periodic Review, Report of the Working Group on the Universal Periodic Review, Switzerland, Addendum, Views on conclusions and/or recommendations, voluntary commitments and replies presented by the State under review, A/HRC/22/11/Add.1, 05.03.2013, abrufbar unter: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G13/116/77/PDF/G1311677.pdf?OpenElement>. Zit.: UPR Switzerland 2012, Addendum.

UN SPECIAL PROCEDURES

A/HRC/22/53, Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E. Méndez, 01.02.2013.

A/HRC/25/55, Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights defenders, Margaret Sekaggya, 23.12.2013.

INTERNATIONALE KOMMISSION FÜR DAS ZIVILSTANDSWESEN

Convention No. 29 relative à la reconnaissance des décisions constatant un changement de sexe, vom 12.09.2000.

Convention No. 31 sur la reconnaissance des noms, vom 16.09.2005.

Convention No. 32 sur la reconnaissance des partenariats enregistrés, vom 05.09.2007.

Convention No. 34 relative à la délivrance d'extraits et de certificats plurilingues et codés d'actes de l'état civil, vom 14.03.2014.

EUROPARAT

Combating discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity, Council of Europe standards, 2011, abrufbar unter: http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Publications/LGBT_en.pdf. Zit.: CoE Standards.

Commissioner for Human Rights, Brief an Didier Burkhalter, Massnahmen gegen Diskriminierung, Schutz der Menschenrechte von Migranten, Flüchtlingen und Asylbewerbern und institutioneller Rahmen für Menschenrechte, CommHR/SB/sf 022-2012, vom 12.03.2012.

Ministerkomitee des Europarates, Recommendation (2010)5 on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity, 31.03.2010.

Parlamentarische Versammlung des Europarats, Resolution 1952 (2013), Children's right to physical integrity, 01.10.2013, abrufbar unter: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewPDF.asp?FileID=20174&lang=en>. Zit.: Parlamentarische Versammlung, Resolution 1952(2013).

Parlamentarische Versammlung, Recommendation 1915(2010), Discrimination on the basis of sexual orientation and gender identity, 29.04.2010.

Parlamentarische Versammlung, Resolution 2048 (2015), Discrimination against transgender people in Europe.

Rapport de l'ECRI sur la Suisse (cinquième cycle de monitoring), Adopté le 19 juin 2014, Publié le 16 septembre 2014, CRI(2014)39, französische Version abrufbar unter: <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/Country-by-country/Switzerland/CHE-CbC-V-2014-039-FRE.pdf>; deutsche Übersetzung abrufbar unter: <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/Country-by-country/Switzerland/CHE-CbC-V-2014-039-DEU.pdf>. Zit.: Rapport de l'ECRI sur la Suisse, 2014.

EGMR

Dudgeon v. Grossbritannien, vom 22. Oktober 1981, Series A no. 45.

Rees v. Grossbritannien, vom 17. Oktober 1986, Application Nr. 9532/81.

Norris v. Irland, vom 26. Oktober 1988, Series A no. 142.

Cossey v. Grossbritannien, vom 27. September 1990, Application Nr. 10843/84.

B. v. Frankreich, vom 25. März 1992, Application Nr. 13343/87.

Modinos v. Zypern, vom 22. April 1993, Series A no. 259.

Sutherland v. United Kingdom, vom 1. Juli 1997, Application No. 25186/94, Bericht der Europäischen Kommission für Menschenrechte zur Beschwerde.

Sheffield and Horsham v. Grossbritannien, vom 30. Juli 1998, Application Nr. 22985/93 und 23390/94.

Smith and Grady v. Grossbritannien, vom 27. September 1999, Application Nr. 33985/96 und 33986/96, ECHR 1999-VI.

Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal, vom 21. Dezember 1999, Application Nr. 33290/96, ECHR 1999-IX.

Fretté v. Frankreich, vom 26. Februar 2002, Application Nr. 36515/97, ECHR 2002.

I. v. Grossbritannien, vom 11. Juli 2002, Application Nr. 25680/94.

Christine Goodwin v. Grossbritannien, vom 22. Juli 2002, Application Nr. 28957/95.

L. and V. v. Austria, vom 9. Januar 2003, Application Nr. 39392/98 und 39829/98, ECHR 2003-I.
Van Kück v. Deutschland, vom 12. Juni 2003, Application Nr. 35968/97.
Karner v. Österreich, vom 24. Juli 2003, Application Nr. 40016/98, ECHR 2003-IX.
Grant v. Grossbritannien, vom 23. August 2006, Application Nr. 32570/03.
L. v. Litauen, vom 11. September 2007, Application Nr. 27527/03 (2006).
Emonet and Others v. Schweiz, vom 13. Dezember 2007, Application Nr. 39051/03.
E.B. v. Frankreich, vom 22. Januar 2008, Application Nr. 43546/02.
Schlumpf Nadine v. Schweiz, vom 8. Januar 2009, Application Nr. 29002/06.
Kozak v. Polen, vom 2. März 2010, Application Nr. 13102/02.
Schalk and Kopf v. Österreich, vom 24. Juni 2010, Application Nr. 30141/04.
P.B. and J.S. v. Österreich, vom 22. Juli 2010, Application Nr. 18984/02.
P.V. v. Spanien, vom 30. November 2010, Application Nr. 35159/09.
Gas and Dubois v. Frankreich, vom 15. März 2012, Nr. 25951/07.
X and Others v. Österreich, vom 19. Februar 2013, Application Nr. 19010/07.
Eweida and Others v. Grossbritannien, vom 27. Mai 2013, Applications Nr. 48420/10, 59842/10, 51671/10 und 36516/10.
Hämäläinen v. Finnland, vom 16. Juli 2014, Application Nr. 37359/09.
Y.Y. v. Türkei, vom 10. März 2015, Application Nr. 14793/08.

Pendent

M.C. and A.C. v. Rumänien, Application Nr. 12060/12, eingereicht am 6. Februar 2012.
Sabalic v. Kroatien, Application Nr. 50231/13 eingereicht am 26. Juli 2013.

Factsheets (<http://www.echr.coe.int/ECHR/en/Header/Press/Information+sheets/Factsheets/>)

Gender Identity, März 2015

Homosexuality: criminal aspects, April 2014

Sexual Orientation Issues, April 2015

SCHWEIZERISCHES BUNDESGERICHT**Publiziert**

BGE 92 II 128

BGE 105 V 180

BGE 108 II 369

BGE 114 V 153

BGE 114 V 162

BGE 115 IV 219

BGE 119 II 264
BGE 120 V 463
BGE 121 V 119
BGE 122 V 267
BGE 123 IV 202
BGE 126 II 425
BGE 126 V 330
BGE 134 II 235
BGE 134 V 369
BGE 135 III 59
BGE 137 I 86
BGE 137 III 241
BGE 137 V 105
BGE 137 V 133
BGE 137 IV 263
BGE 140 I 77
BGE 140 II 33
BGE 140 IV 67
BGE 140 V 50

Unpubliziert

K 46/05 vom 13. Februar 2006
2A.66/2007 vom 12. Juni 2007
6B_351/2007 vom 9. November 2007
2C_103/2008 vom 30. Juni 2008
5A_165_2009 vom 10. Juni 2009
2C_756/2009 vom 15. Dezember 2009
5A_785/2009 vom 2. Februar 2010
9F_9/2009 vom 15. September 2010
2C_213/2010 vom 11. Oktober 2010
6B_361/2010 vom 1. November 2010
8C_900/2010 vom 20. April 2011
2C_669/2011 vom 3. November 2011
6B_562/2011 vom 5. Dezember 2011

2C_56/2012 vom 24. September 2012

9C_550/2012 vom 13. Juli 2013

6B_733/2013 vom 27. September 2013

5A_376/2013 vom 29. Oktober 2013

5A_553/2012 vom 14. April 2014

KANTONALE GERICHTE

Urteil des Obergerichts Zürich vom 01.02.2011, NC090012/U.

Urteil des Obergerichts Zürich vom 22.04.2013, LB120067-O/U.

Tribunal de Première Instance Jura vom 03.09.2012, CIV/4020/2012/cs/csm.

WWW.GLEICHSTELLUNGSGESETZ.CH

Aargau Fall 39

Bern Fall 83

Thurgau Fall 17

Zürich Fall 71

Zürich Fall 165

Zürich Fall 218

Zürich Fall 226

SONSTIGES

An Activist's Guide to The Yogyakarta Principles, abrufbar unter: https://iglhrc.org/sites/default/files/Activists_Guide_Yogyakarta_Principles.pdf.

IDAHO, International Day Against Homophobia and Transphobia, Declaration of Intent, Valletta, 14.05.2014, abrufbar unter: <http://www.idaho2014forum.org/images/prs/IDAHO%20declaration%20of%20Intent%20Final.pdf>.

ICD-10, International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems, 10. Version, abrufbar in Englisch unter: <http://apps.who.int/classifications/icd10/browse/2015/en> und in Deutsch unter: <https://www.dimdi.de/static/de/klassi/icd-10-gm/kodesuche/onlinefassungen/htmlgm2015/index.htm>.

Prof. Dr. iur. Ulrich Meyer, Vortrag über „Intersexualität. Medizinische, ethische und rechtliche Fragestellungen“ an der Universität Zürich vom 30.05.2013, abrufbar unter: <http://www.merh.uzh.ch/veranstaltungen/archiv/intersexualitaet/DreissigsterMai2013ZHMeyer.pdf>

SKMR, Soziale Integration einer Transfrau nach Geschlechtsanpassungsoperation, SKMR-Newsletter Nr. 10 vom 18.09.2013 abrufbar unter: <http://www.skmr.ch/de/themenbereiche/geschlechterpolitik/artikel/ansprueche-transgenderfrau.html?zur=91>.

SKMR, Eingetragene Partnerschaft muss auch gleichgeschlechtlichen Paaren offen stehen, SKMR-Newsletter Nr. 11 vom 11.12.2013, abrufbar unter: <http://www.skmr.ch/de/themenbereiche/geschlechterpolitik/artikel/eingetragene-partnerschaft.html>.

Statement Schweizer Delegation HRC, 4 Session du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, "Related debate" 29 Mars 2007, Muriel Berset Kohen, abrufbar unter : <http://extranet2.ohchr.org/Extranets/HRCExtranet/portal/page/portal/HRCExtranet/4thSession/OralStatements/290307/Tab15/Tab/Tab/Tab/7.Switzerland.pdf>.

Standards of Care for the Health of Transsexual, Transgender, and Gender-Nonconforming People (SoC), abrufbar unter: http://www.wpath.org/site_page.cfm?pk_association_webpage_menu=1351&pk_association_webpage=4655.

Universität Zürich, "Richtlinien zur Verwendung der Vornamensinitiale und zur Neutralisierung von Geschlechtsmarkern bei Transgenderpersonen", vom 15.03.2013, abrufbar unter: http://www.rd.uzh.ch/rechtssammlung/richtlinien/Richtlinien_Transgenderpersonen.pdf.

Universität Luzern, „Richtlinien zur Änderung von Vorname und amtlichem Geschlecht bzw. Anrede (Frau/Herr) bei Transmenschen“, vom 03.09.2012, abrufbar unter: <http://www.unilu.ch/files/richtlinien-transmenschen-vom-01.08.2012.pdf>.